Die rechtliche Natur der Abgaben mit denen in Preußen der ordentliche Marktverkehr belastet werden darf

(§ 68 GewO)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

Vorgelegt von

Heinrich Zeller

Referendar

Buchdruckerei Waldemar Große, Groß Wartenberg und Festenberg

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Helfritz

Meinen Eltern

Gliederung

Literaturverzeichnis

Bachmann: Rechtsgrundsätze. 1896.
von Brauchitsch: Preußische Verwaltungsgesetze, Bd. I, II, IV in der Auflage von 1926, Bd. III in der 5. Aufl.
Bornhak: Preußisches Staatsrecht. 1914.
Biermann: Die öffentlichen Sachen.
Droop: Der Rechtsweg in Preußen. 1901.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1913 und 1929
Fleiner: in der Festgabe der Basler juristischen Fakultät für Häusler.
Friedrichs: Kommentar zum Kommunalabgabengesetz. 1922.
Friedrichs: Das Zuständigkeitsgesetz. 1905.
Friedrichs: Das Polizeigesetz v. 11. 3. 1850.
Friedrichs: Preußisches Wegerecht.
Hahn: Markthallenstand und Mieterschutzgesetzgebung im Preuß. Verwaltungsbl. Bd. 43, S. 282.
Hatschek: Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 1927.
Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung.
Hue de Grais: Handbuch der Kommunalwissenschaft, Art. über öff. Gebühr, Markthallen, Marktstandsgelder.
Illing-Kautz: Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte.
Johns: Polizeiliche Gemeindeanstalten. Preuß. Verw. Bl. 22, 329.
Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1905.
Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen.
Junghaus: Verwaltungsarchiv, Bd. 34, 838.
Kautz, Verwaltungszwangsverfahren.
Kormann: Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts.
Kormann: Im Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 34, 394.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte.
Kunze: Das Verwaltungsstreitverfahren.
Landmann: Kommentar zur Gewerkordnung. 1911 und 1917.
Lassar: Der Erstattungsanspruch.

Lassar: Preußisches Wegerecht.
Mayer, O: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. und Bd. II in der 2. Auflage.
Moll: Ueber Gebühren.
Moll: Im Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen.
Müller: Rechtsweg.
Nelken: Gewerberecht 1906.
Meißinger: Die Gebühren des kommunalen Haushalts mit besonderer Berücksichtigung Hessens im Finanzarchiv Bd. 30 und 31.
Moser: Teutsches Staatsrecht, Bd. V, S. 362 ff.
Oertel: Städteordnung, 6. Aufl.
Oppenhoff: Die preußischen Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden. 1904
Osswald: Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen. Heidelberger jur. Diss. 1909.
Rohrscheidt: Kommentar zur Gewerbeordnung. 1912.
Saß: Kommentar zum Kommunalabgabengesetz. 1912.
Schoen: Das Recht der Kommunalverbände. 1897.
Schlegelberger: Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz.
Stier-Somlo: Kommentar zur Gewerbeordnung.
Stoelzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen.
Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung
Stein: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1907.
Thoma: Der Polizeibefehl im badischen Recht.
Toepfer: Das Wesen der öffentlichrechtlichen Gebühr. Tübinger jur. Diss.
Ubbelohde: In Leist-Glück Pandekten. Bd. 43—44.
Die Zitate im Text nehmen auf die hier zitierten Werke Bezug

Die rechtliche Natur der Abgaben, mit denen in Preußen der ordentliche Marktverkehr belastet werden darf. (§ 68 GewO).

(Ein Beitrag zur Lehre von der öffentlichen Gebühr.)

I.
Einleitung

Die Frage nach der Rechtsnatur der Abgaben, mit denen nach § 68 GewO der ordentliche Marktverkehr (im Gegensatz zu den Spezialmärkten des § 69 GewO) belastet werden darf, ist in Wissenschaft und Praxis, soweit man sich überhaupt mit ihr befaßt hat, verschieden beantwortet worden. Von den Entgelten für überlassenen Raum nach § 68 GewO behaupten die einen[1]), daß sie sämtlich privatrechtliche Natur hätten, andere[2]), daß sie stets öffentlichrechtlich wären, dritte[3]), daß sie in gewissen Fällen öffentliche Gebühren seien, in anderen nicht, in einer älteren Entscheidung[4]) des Obertribunals wird Stellung genommen gegen die Ansicht, daß die Marktstandgelder eine indirekte Steuer, ein Marktzoll seien. Darüber, welche Momente die Zuteilung von Leistungen Privater an öffentliche Korporationen überhaupt unter den Begriff der öffentlichen Gebühr, der Steuer oder der privatrechtlichen Entgelte bedingen, bestehen ebenfalls Zweifel und Unklarheiten.

---

[1]) Hahn, Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 43, 282 Markthallenstand und Mieterschutzgesetzgebung. Daß das Marktstandgeld privatrechtliche Natur hat, wird sonst noch behauptet in Ob. Tribunal = Striethorst 25, 85; in Entsch. des Ob. Tribunals 81, 18; in J. Ministerialblatt 1884, 209 (R. G. v. 7. 7. 1884) im Kommentar zur GewO von Landmann 1911 § 68 Anm. 2; im Johow Bd. 48, 140; in Oppenhof 1904, S. 112; von Ubbelohde in Leist=Glück Pandekten Bd. 43/44, S. 103.

[2]) Friedrichs Kommentar z. KAG 1922 § 3, Ziff. 10, Bornhak 1914 Pr. Staatsrecht III, S. 453; O. Mayer 2. Aufl. Bd. II S. 479; Moll, S. 215; Bachmann Rechtsgrundsätze S. 29; Matthias, Die städt. Selbstverwaltung in Preußen, 2. Aufl.; konkludent auch vom OVG. in Bd. 56, S. 163.

[3]) Nöll=Freund, Kommentar z. KAG. 1920 zu § 4, Saß, Kommentar z. KAG. zu § 3, S. 11.

[4]) Ob. Tribunal Striethorst, Bd. 25. S. 25.

Im theoretischen Teil der vorliegenden Arbeit soll daher der Unterschied der indirekten Steuern, privatrechtlichen vertraglichen Entgelte und öffentlichen Gebühren im allgemeinen herausgearbeitet werden. Dabei soll insbesondere betrachtet werden, unter welchen Voraussetzungen ein an eine Kommune gezahltes Entgelt die Rechtsnatur einer öffentlichen Benutzungsgebühr, wann privatrechtliche Natur hat. Da letzteres innig mit dem Unterschied der öffentlichrechtlichen kommunalen Unternehmen und der kommunalen Gewerbebetriebe zusammenhängt, so ist auch dieser Gegensatz herauszuarbeiten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, welche Momente in Zweifelsfällen die Zuteilung eines kommunalen Unternehmens unter die öffentlichrechtlichen Unternehmen oder die Gewerbebetriebe bedingen. Im zweiten Teil der Arbeit sollen dann die einzelnen im Thema angeführten Abgaben auf ihre Rechtsnatur untersucht werden.

II.
Steuern, Gebühren und privatrechtliche vertragliche Entgelte im allgemeinen

Nach 1 RAbgO sind Steuern einmalige oder laufende Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für besondere Leistungen darstellen und von einem öffentlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einkünften allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht geknüpft hat; nicht darunter fallen Gebühren für besondere Inanspruchnahme der Verwaltung und Beiträge (Vorzugslasten). — Diese Definition der Steuer gilt nicht bloß für das ihr von ihrem Wortlaut gezogene Gebiet der RAbgO, sondern ist von der Wissenschaft auf das gesamte Steuerrecht erstreckt. Gebühren[1] sind vom Staate oder einer von ihm dazu ermächtigten öffentlichen Korporation kraft staatlicher Finanzhoheit einseitig auferlegte öffentliche Abgaben; sie sind Entgelt für die Nutzung einer öffentlichen Anstalt oder Sache im Gemeingebrauch oder für die Tätigkeit eines öffentlichen Organs, die zum besonderen Nutzen oder auf besondere Veranlassung oder Schuld des Untertans erforderlich wurde. Ein privatrechtliches vertragliches Entgelt hat seinen Rechtsgrund in der rechtlich sanktionierten Willensübereinstimmung

[1]) cf. OVG 18, 267; 31, 56; 32, 94 Hatschek S. 456; O. Mayer I S. 31 (3. Aufl.) E. Becker Kommentar zur Reichsabgabenordnung 5. Aufl. S. 8

zweier Subjekte des Privatrechts, kann von jedem Rechtsfähigen erworben werden und ist Entgelt für eine spezielle privatrechtliche Gegenleistung.

1. Unterschiede der Steuern und Gebühren und privatrechtlichen Entgelte, die sich aus der Abgabennatur der Steuern und Gebühren ergeben

Steuern und Gebühren gehören, wie aus den vorangeschickten Definitionen ersichtlich, unter den gemeinsamen Oberbegriff der öffentlichen Abgaben [1]) und haben dementsprechende gemeinsame Unterscheidungsmerkmale von den privatrechtlichen vertraglichen Entgelten.

a) Zunächst in personaler Hinsicht: Dazu öffentliche Abgaben, Steuern, Gebühren, zur Entstehung zu bringen, gehört eine besondere öffentlichrechtliche Rechtsfähigkeit; Steuern und Gebühren können nur von den Subjekten öffentlicher Verwaltung zur Entstehung gebracht werden; privatrechtliche Vertragsforderungen können dagegen in der Person jedes nach Privatrecht Rechtsfähigen (§ 1 BGB) entstehen. Subjekte öffentlicher Verwaltung sind solche Rechtssubjekte (Korporationen), denen kraft eigenen [2]) Rechtes oder kraft staatlicher Verleihung das Recht zusteht, innerhalb der gesetzlichen Schranken über Untertanen zu herrschen. Subjekte öffentlicher Verwaltung sind z. B. Kommunen, Krankenkassen. Nur solche Subjekte öffentlicher Verwaltung sind fähig, öffentliche Abgabenforderungen zur Entstehung zu bringen; denn öffentliche Abgaben aufzuerlegen ist eine der öffentlichen Verwaltung zugehörige Tätigkeit.

Nun bedürfen freilich die dem Staat eingeordneten Subjekte öffentlicher Verwaltung zur Auferlegung von öffentlichen Abgaben einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung (s. u. S. 9). Dies ändert jedoch nichts daran, daß sie anders geartete Rechtspersönlichkeiten sind als die Subjekte des Privatrechts, denen das Recht öffentliche Abgaben aufzuerlegen nie zusteht, und daß zur Begründung von öffentlichen Abgaben eine besondere Rechtsfähigkeit gehört. Denn daraus, daß eine öffentliche Korporation zu irgendeiner öffentlichen Verwaltungstätigkeit noch einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, folgt noch nicht, daß der Privatmann grundsätzlich auch

---

[1]) cf. Töpfer, S. 1 ff. Friedrichs 3 KAG S VI

[2]) In dem Streit, ob die dem Staate eingeordneten öffentlichen Korporationen, insbesondere die Gemeinden, die Fähigkeit öffentlicher Verwaltung zu führen auch kraft eigenen Rechtes, von Natur, oder nur kraft staatlicher Verleihung besitzen, soll jedoch Stellung nicht genommen werden.

fähig wäre, dieselbe vorzunehmen und daß sie keine besondere Rechts fähigkeit voraussetzte.

Auch die Erscheinung, daß mitunter auch Privaten öffentlich Abgabenforderungen zustehen, wenn ihnen z. B. eine Hebungs berechtigung verliehen oder verpachtet ist (Chausseezölle), steht nich im Widerspruch mit der Erkenntnis, daß nur Subjekte öffentliche Verwaltung öffentliche Abgaben zur Entstehung bringen können Denn in diesem Falle wird die öffentliche Abgabe zur Entstehun gebracht nicht durch einen Willensakt des Privaten, der sie eintreibt sondern beruht ebenfalls auf einem Willensakt eines Subjekts öffentlicher Verwaltung, nämlich desjenigen, das die Hebungs berechtigung vergeben hat. Die öffentliche Abgabe wird zur Ent stehung gebracht durch die Festsetzung des Tarifes, nach dem de Private die öffentlichen Gefälle erheben darf. Diese Festsetzun erfolgt aber durch das verleihende Subjekt öffentlicher Verwaltung[1]) — Die Hebungen auf Grund alter Gerechtigkeiten, auf guts- schutz- oder grundherrlichem Fundament sind übrigens von de Fällen, in denen öffentliche Abgaben von Privaten eingezoge werden dürfen, zu unterscheiden. Diese Hebungen sind keine öffent lichen Abgaben, sondern privatrechtlicher Natur. Ihre privatrechtlich Natur ergibt sich m. E. direkt aus § 10 des Gesetzes betr. die Er weiterung des Rechtsweges vom 24. 5. 1861 (Ges. S. 242).

b) Begrifflich voneinander verschieden sind ferner das Rechts geschäft, durch das öffentliche Abgabenforderungen begründe werden, und das Rechtsgeschäft, durch das privatrechtliche Vertrags forderungen begründet werden, der Vertrag. Jenes ist eine ein seitige[2]) staatliche Willenserklärung generell abstrakter Natur, ei Gesetz im materiellen Sinne, dieses ein zweiseitiges Rechtsgeschä bestehend aus zwei Willenserklärungen spezieller Natur.

aa) Der formale Unterschied dieser beiden Rechtsgeschäfte be steht darin, daß die öffentlichen Abgabenforderungen einseitig vor Staat durch einseitiges Rechtsgeschäft, die privatrechtlichen Ver tragsforderungen durch zwei Willenserklärungen, durch zwei seitiges Rechtsgeschäft begründet werden. Er ergibt sich daraus, da der Staat, wo er öffentliche Abgaben fordert, öffentliche Verwaltun führt, unmittelbar seine Herrscheraufgaben erfüllt. Hierbei beweg er sich im Gebiet des öffentlichen Rechtes; im öffentlichen Rech kommt aber ein Kontrahieren zwischen Staat und Privatmann, wi

---

1) OVG 18, 28

2) cf. auch OVG 18, 28

es beim privatrechtlichen Vertrag geschieht, nicht in Frage, weil sich hier Staat und Untertan nicht gleichgeordnet gegenüberstehen, ein Vertrag aber nur zwischen rechtlich Gleichgeordneten geschlossen werden kann. Auch kann die Entscheidung, ob eine öffentliche Verwaltungstätigkeit, (wie es die Begründung, Herauf- und Herabsetzung einer öffentlichen Gebühr ist), erfolgen soll, nur der Entscheidung und Beurteilung des Trägers der öffentlichen Verwaltung anheim gegeben sein, nicht auch der Kognition des Untertans unterliegen. Die öffentlichen Abgabenforderungen können daher nur einseitig durch den Staat begründet werden.

— Ueberhaupt ist die Entstehung der öffentlichen Abgaben grundsätzlich unabhängig davon, ob der Abgabenschuldner mit der Entstehung der Abgabenschuld „einverstanden" war. Möglich ist es dem Staat allerdings, das Wirksamwerden seiner einseitigen Willenserklärung dahin, die öffentliche Abgabenforderung solle entstehen, von der Zustimmung des Schuldners abhängig zu machen; — die Rechtsgrundlage für den Willensakt des Staates überhaupt, daß die Abgabe entstehe, kann eine solche Erklärung des Untertans allerdings nicht bilden, (s. u. S. 9) —; es ist aber unwahrscheinlich, daß der Staat dies irgendwo tun wird[1]). Häufig allerdings wird die Entstehung einer Abgabe, nämlich einer Gebühr, davon abhängig gemacht, daß der Untertan seinem Willen gemäß zur Nutzung eines öffentlichen Unternehmens zugelassen worden ist. Insoweit wird also auch dem Willen des Untertans eine Bedeutung beigemessen; dieser Wille bezieht sich aber nicht auf die Entstehung der öffentlichen Abgabe, sondern auf die Nutzung des Unternehmens, daher kann, — (wenn man von dem unwahrscheinlichen Fall absieht, daß die staatliche Willenserklärung selbst ihr Wirksamwerden dahin, daß eine öffentliche Abgabe entstehe, von der Zustimmung des Untertans abhängig macht,) — als Regel ausgesprochen werden, daß die Entstehung einer öffentlichen Abgabe davon unabhängig ist, ob der Untertan sie will oder nicht. Willensmängel des Untertans bezüglich der Entstehung der Abgabenschuld sind unbeachtlich, desgl. ein dieser Entstehung direkt entgegenstehender Wille; so würde z. B. eine Gebührenschuld selbst dann entstehen, wenn ein Untertan bei der Erklärung, er wolle eine öffentliche Anstalt nutzen, erklärte, er wolle aber die von der Gebührenordnung an die Tatsache dieser Nutzung geknüpfte Gebühr nicht bezahlen, und ihn der zuständige Beamte gleichwohl ohne ein Entgelt zu fordern zur Nutzung zuließe,

[1]) Ebenso Friedrichs KAG. § 6, Anm. 2

abgesehen freilich von der evtl. Haftung des Beamten oder der öffentlichen Korporation für diesen und der Tatsache, ob der Beamte vielleicht zum Erlaß solcher Gebührenschulden befugt war[1]). —

bb) Der materielle Unterschied des Rechtsgeschäfts, durch das öffentliche Abgabenforderungen, und des Rechtsgeschäfts, durch das privatrechtliche Vertragsforderungen begründet werden, besteht darin, daß jenes eine abstrakt-generelle Willenserklärung, ein Gesetz im materiellen Sinne, ist, während dieses aus zwei speziellen Willenserklärungen besteht. Die öffentlichen Abgaben werden zur Entstehung gebracht durch eine öffentliche Abgabenordnung, eine Steuer- oder Gebührenordnung. In dieser muß das Subjekt öffentlicher Verwaltung abstrakt und generell bestimmen, daß bei allen Personen, bei denen gewisse, allgemein formulierte Merkmale vorliegen, eine errechenbare Abgabenschuld entstehen solle. Mit dem Vorliegen dieser Voraussetzungen entsteht dann die öffentliche Abgabenschuld. (Einer besonderen Veranlagung bedarf es für ihre Entstehung nicht. Die bei Kommunalabgaben stattfindende Veranlagung (cf. § 69 II KAG) hat nur die Bedeutung, daß durch sie die Fälligkeit der Abgabenschuld herbeigeführt wird.) Die Willenserklärungen, durch welche privatrechtliche Vertragsforderungen begründet werden, sind dagegen nicht solche abstrakt-generelle Willenserklärungen, jedenfalls in der Regel nicht. Sie wollen nicht für eine Menge vorläufig noch unbestimmter, erst durch die Inhalt der Willenserklärung selbst bestimmbaren Personen Rechtsfolgen erzeugen, sondern nur für eine oder mehrere schon bestimmte; daß eine der privatrechtlichen vertraglichen Erklärungen abstrakt-generell ist, kommt allerdings vor, z. B. die Auslobung, die Offerte bei dem Automaten. Dies sind jedoch Ausnahmen; in der Regel werden privatrechtliche Vertragsforderungen durch zwei spezielle Willenserklärungen, begründet; die Begründung von öffentlichen Abgabenforderungen durch spezielle Willenserklärungen, (eine Willenserklärung, die nur schon bestimmten Personen gegenüber Rechtsfolgen erzeugen soll), etwa durch Verfügung ist dagegen unmöglich[3]).

Dies mag alles darauf zurückzuführen sein, daß die Belegung mit öffentlichen Abgaben immer ein sehr schwerer Eingriff in das

---

[1]) OVG 31, 61; 49, 85; 50, 55; 51, 59; 53, 97; 54, 76; 58, 108.

[2]) OVG 45, 96 ff.

[3]) OVG 49, 85; **auch in besonderen Fällen darf die Bemessung des Entgeltes durch die Gebührenordnung nicht den Verwaltungsbehörden vorbehalten sein.** cf. **Dazu auch** OVG 62, 100; 58, 108.

Eigentum des Untertans ist und deshalb der Satz, daß gleiche Tatbestände gleich zu behandeln sind[1]), eine besonders scharfe Ausprägung erfahren muß. Ueberdies ist es für kommunale Gebühren in § 7 KAG ausdrücklich ausgesprochen. Dort heißt es „Gebühren sind im voraus nach festen Normen und Sätzen zu bestimmen". Sie können also nur durch abstrakt-generelle Anordnung zur Entstehung gebracht werden; denn Normen sind Gesetze im materiellen Sinne, obrigkeitliche Willenserklärungen, die für eine vorläufig noch unbestimmte, sich aus dem Gesetz selbst erst ergebende Zahl von Fällen Rechtsfolgen erzeugen wollen. Auch die Abgabensätze müssen bestimmt sein. Höhere Abgaben, als in dem Tarif vorgesehen, dürfen nicht erhoben werden, da sie nicht entstanden sind, aber auch nicht niedrigere Abgaben[2]); eine Bevorzugung Minderbemittelter ist gemäß § 7 Abs. 2 a. a. O. allerdings möglich, jedoch nur, sofern dies in der Abgabenordnung vorgesehen ist[3]).

Auch die öffentlichen Benutzungsgebühren für die Benutzung einer öffentlichen kommunalen Anstalt entstehen auf Grund solcher abstrakt-genereller Willenserklärungen, die in einer Gebührenordnung fixiert sind. Es gilt für sie nichts Besonderes. Wie aus § 7 KAG ohne weiteres ersichtlich, wäre es ein Irrtum anzunehmen, daß sie durch eine bei der Zulassung zur Anstaltsnutzung dem bestimmten Nutzer gegenüber geäußerte Willenserklärung entständen. Sie mögen wohl gelegentlich der Zulassung zur Anstaltsnutzung entstehen, weil die Gebührenordnungen an diese Tatsache die Entstehung der Gebühr knüpfen, aber nicht durch den Zulassungsakt und auch nicht durch eine gelegentlich desselben geäußerte spezielle obrigkeitliche Willenserklärung.

cc) Eine Zahlung eines Privaten an eine öffentliche Körperschaft kann also nur öffentliche Abgabe sein, wenn sie auf Grund einer — was noch hinzugefügt werden mag, formell ordnungsmäßig zustandegekommenen — Abgabenordnung[4]) mit festen Normen und Sätzen erhoben wird. Alle Entgelte für staatliche Leistungen,

---

[1]) OVG 30, 104. Anschütz Kommentar zur RVerf 6. Aufl. zu Art. 109.

[2]) cf. dazu OVG 36, 94; 49, 85.

[3]) Sie muß in der von § 69 Abs. 2 vorgeschriebenen Form erfolgen. cf. OVG 30, 104. Die Bekanntmachung durch Auslegung der Hebelisten, kann aber dann, wenn der Abgabenschuldner normaler Weise und ohne eine besondere Veranlagung seinerseits von den Listen nicht Kenntnis erhalten kann, nicht genügen; in diesen Fällen bedarf es besonderer Mitteilung der Schuld.

[4]) Ortssatzung auf Grund gesetzlicher Ermächtigung, eventuell Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde (§ 81 KAG).

die nach festen Normen und Sätzen, nach einem Tarif erhoben werden, sind aber nicht umgekehrt auch öffentliche Abgaben[1]), denn es gibt auch im Privatrecht Tarife. Diese privatrechtlichen Tarif haben mit den öffentlichen Abgabentarifen nichts als die äußer Form gemein. Materiell sind sie Voranschläge des Betriebsinhaber für die Höhe der Entgelte und der Leistungsbedingungen, welch er mit seinen Abnehmern erst noch vereinbaren will[2]). Durch di Festsetzung eines solchen Tarifes können Ansprüche nicht begründe werden. Die in ihnen vorgesehenen Entgelte müssen erst durc Vertrag[3]) vereinbart werden; sie können auch durch Vertrag herau oder herabgesetzt werden.

Auch die Kommunen stellen für die Entgelte, welche sie fü die Nutzung ihrer privatrechtlichen Gewerbebetriebe erheben, dergl Tarife auf. Die Entgelte auf Grund solcher Tarife werden abe nicht deshalb, weil nun gerade *eine Kommune* diesen Tari aufgestellt, hat, öffentliche Gebühren. Und auch der Umstand, da der Tarif, für ein kommunales Unternehmen der Kommunal aufsichtsbehörde zwecks Genehmigung vorgelegt und von ihr ge nehmigt worden ist, nötigt nicht zu dem Schluß, daß dieses Entgel eine öffentliche Gebühr gemäß § 4 Abs. 3, 8 Abs. 1 KAG ist[4]) denn die Kommunen lassen häufig auf die Tarife für privatrechtlich Entgelte, die sie für die Nutzung ihrer privatrechtlichen Gewerbe betriebe fordern wollen, von der Kommunalaufsichtsbehörde ge nehmigen, weil sie Entgelte auf Grund solcher genehmigter Tarif im Verwaltungszwangsverfahren eintreiben dürfen (§ 90 KAG und nicht den im 8. Buch der ZPO vorgeschriebenen Weg z beschreiten brauchen. An der privatrechtlichen Natur solcher Ent gelte ändert diese Genehmigung nichts; insbesondere ist für di Entscheidung, ob die Forderung der Kommune überhaupt zu Entstehung gekommen ist, der Zivilprozeßweg gegeben[5]). Im Ein verständnis mit dem Untertan kann von den Sätzen auch solche Tarife abgewichen werden[6]), was bei den Steuer- und Gebühren tarifen unmöglich wäre.

---

[1]) Moll, S. 22/23.

[2]) Mitunter auch Offerte an das Publikum.

[3]) Etwaige Mängel des Vertragsschlusses können gegen das Verlange nach Zahlung des Entgeltes angeführt werden.

[4]) So auch Moll, S. 25.

[5]) Kautz,

[6]) So auch OVG 52, 28 und im Pr. Verwaltungsblatt 23, 690.

c) Die öffentlichen Abgabeordnungen bedürfen nun, was weiter festzustellen ist, der gesetzlichen Form[1]) oder setzen gesetzliche Ermächtigung der öffentlichen Korporation, welche die öffentliche Abgabenordnung aufstellt, zu diesem Aufstellungsakt voraus. Dieses Erfordernis folgt aus dem Grundsatz, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum grundsätzlich in gesetzlicher Form erfolgen müssen oder eine gesetzliche Ermächtigung des Trägers der öffentlichen Verwaltung zu diesem Akt voraussetzen. Jede Belegung mit öffentlichen Abgaben ist aber ein solcher Eingriff in Freiheit und Eigentum. — Nun können Eingriffe in Freiheit und Eigentum, für die keine gesetzliche Ermächtigung besteht, von der Obrigkeit grundsätzlich auch dann vorgenommen werden, wenn sich ihnen der betroffene Untertan unterwirft. Es handelt sich dann um einen sog. Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Die Basis für die Aufstellung von öffentlichen Abgabenordnungen kann eine solche Unterwerfung des Untertans jedoch nicht bilden[2]). Oeffentliche Abgabeordnungen können vielmehr lediglich durch Gesetz oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung aufgestellt werden. Denn einmal geht beim Verwaltungsakt auf Unterwerfung die Unterwerfung des Untertans dem Verwaltungsakt voraus und das muß sie auch, wenn sie die rechtliche Grundlage für den Verwaltungsakt sein soll. Hier würde sie dagegen dem Verwaltungsakt — der Aufstellung der Abgabenordnung — nachfolgen. Zum anderen aber nimmt der Staat bei jeder Belegung mit öffentlichen Abgaben einen Hoheitsakt vor. Seine Ueberordnung über den Untertan ist dabei besonders scharf ausgeprägt. Die Rechtfertigung für einen solchen Hoheitsakt kann der Staat unmöglich einer Willenserklärung des einzelnen betroffenen Untertans entnehmen. Einer ermächtigenden Willenserklärung des Staates (wenn auch nicht in gesetzlicher Form!) bedürfen die dem Staate eingeordneten öffentlichen Korporationen endlich auch schon kraft gesetzlicher Vorschrift[3]). § 15, II, 13 ALR bestimmt: Das „Recht, zur Bestreitung der Staatsbedürfnisse, die Privatvermögen, die Personen, ihre Gewerbebetriebe, Produkte oder Konsumtion mit Abgaben zu belegen, ist ein Majestätsrecht", d. h. es steht nur dem Staate zu. Gebühren sind Abgaben im Sinne dieser Vorschrift.

---

[1]) Jellinek, S. 494; Fleiner S. 2.

[2]) a. A. Hatschek, S. 460. Er will darauf abstellen, ob für das kommunale Unternehmen, für welches die Gebühr verlangt wird, Benutzungszwang besteht oder nicht. Besteht solcher, so sagt er, bedürfe die Gebührenordnung einer gesetzlichen Ermächtigung.

[3]) cf. auch Friedrichs KAG Anm. 7 zu § 1.

Für die vorliegende Arbeit ist indessen der Streit, ob öffentliche Abgaben insbesondere Gebühren auch durch Verwaltungsakt auf Unterwerfung entstehen können, ohne Bedeutung; denn für die Erhebung von Kommunalabgaben bestehen solche gesetzliche Ermächtigungen. Nach § 4 KAG sind die Kommunen berechtigt, für die Nutzung ihrer im öffentlichen Interesse errichteten Veranstaltungen Gebühren zu erheben; in den Fällen des § 4 Abs. 3 bedürfen die Gebührentarife der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. In § 6 KAG besitzen die Kommunen die gesetzliche Ermächtigung zur Erhebung gewisser Verwaltungsgebühren.

d) Aus der Abgabennatur der Steuern und Gebühren und ihrer Unterstellung unter das öffentliche Recht folgt weiter, daß im Streit darüber, ob sie geschuldet werden und bei ihrer Eintreibung grundsätzlich der Rechtsweg ausgeschlossen ist. Im preußischen Recht spricht dies § 78, II, 14 ALR aus: „Ueber die Verbindlichkeit zur Entstehung allgemeiner Anlagen, denen sämtliche Einwohner des Staates oder die Mitglieder einer gewissen Klasse derselben nach der bestehenden Landesverfassung unterworfen sind, ... findet kein Prozeß statt.“ Die öffentlichen Gebühren gehören zu diesen allgemeinen Anlagen; ihnen sind alle Einwohner des Staates, bei denen der Tatbestand, an den die Gebührenordnung die Abgabenschuld geknüpft hat, unterschiedslos unterworfen[1]). Von § 78 II 14 ALR waren im § 79 II 14 ALK und im § 9/10 des Gesetzes von 1861 betr. die Erweiterung des Rechtswegs gewisse Ausnahmen zugunsten der Zulassung des Rechtswegs gemacht worden; diese wurden jedoch für Kommunalabgaben durch § 160 ZG beseitigt. Direkte Anwendung findet indessen § 78 II 14 bei Kommunalabgaben nicht mehr. Er ist durch §§ 69 KAG, 13 GVG, die ihm inhaltlich aber gleich sind, ersetzt. In § 69 KAG ist nämlich für Kommualabgaben der Verwaltungsweg gegeben, der Rechtsweg also nach § 13 GVG ausgeschlossen. Darüber, ob allgemeine Steuer- oder Gebührenforderungen entstanden sind, kann also gemäß § 78 II 14 grundsätzlich nicht, darüber, ob kommunale Abgabenforderungen entstanden

---

[1]) cf. Obertribunal 25, 45; Moll 48, 49. Daß wie Moll und Stölzel S. 15 behaupten, der Ausschluß des Rechtsweges sich nur auf die öffentlichen Gebühren bezog, welche ein öffentliches Gemeinwesen von einem seiner Glieder verlangt, ist nicht einzusehen; wenn überhaupt solchen Personen, die nicht Glieder der Stadt sind, Gebühren abverlangt werden können, wenn sie eine öffentliche kommunale Anstalt benutzen, so muß auch hier der Rechtsweg ausgeschlossen sein. Wenn sonst kein Unterschied zwischen dem Benutzer der Anstalt gemacht wird, warum soll dies gerade bezüglich der Zulässigkeit des Rechtsweges für die Entgelte der Fall sein?

sind, gemäß § 69 KAG § 13 GVG überhaupt nicht im ordentlichen Rechtsweg gestritten werden. Auch die Beitreibung der Steuern und öffentlichen Gebühren erfolgt grundsätzlich nicht im ordentlichen Rechtsweg; sie erfolgt im Verwaltungszwangsverfahren [1]) allerdings nur sofern dieses gesetzlich zugelassen ist; was für Kommunalabgaben in § 90 KAG geschehen ist.

e) Als ein weiterer Unterschied der Steuern und Gebühren als öffentliche Abgaben von den privatrechtlichen vertraglichen Entgelten mag noch die Sonderstellung erwähnt werden, welche die öffentlichen Abgabenforderungen im Konkurs des Abgabenschuldners einnehmen [2]) und ferner, daß für sie andere Verjährungsfristen gelten als die in §§ 194 ff. BGB für privatrechtliche Ansprüche vorgesehenen. Es gilt für sie das preußische Gesetz über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben vom 18. 6. 1840 Ges. S. S. 140 [3]).

f) Ueberleitung: Die Feststellung der allgemeinen, den Steuern und öffentlichen Gebühren gemeinsamen, aus der Rechtsnatur derselben als öffentliche Abgaben sich ergebenden Unterscheidungsmerkmale von den privatrechtlichen vertraglichen Entgelten ist damit beendet. Im folgenden müssen die Unterschiede besprochen werden, welche zwischen den Gegenleistungen bestehen, für welche die Untertanen Steuern, Gebühren oder privatrechtliche vertragliche Entgelte hingeben. Denn der Unterschied der Steuern und Gebühren besteht nur in einem solchen Unterschied der Gegenleistungen; ferner lassen sich — was die Gebühren und privatrechtlichen Entgelte anbetrifft — gerade in Zweifelfällen (insbesondere, wenn in Frage steht, ob eine an eine öffentliche Korporation in Gemäßheit eines Tarifes bewirkte Leistung öffentliche Abgabe oder privatrechtliches Entgelt ist), die im vorstehenden gekennzeichneten Unterscheidungsmerkmale der öffentlichen Abgaben und der privatrechtlichen Entgelte nicht erkennen, sodaß eine Abgrenzung nach ihnen nicht erfolgen kann. — Zweifel bezüglich der Rechtsnatur einer Leistung des Untertans an eine öffentliche Körperschaft können allerdings wohlgemerkt nur dann aufkommen, wenn die Leistung nach einem Tarif mit festen Normen und Sätzen erhoben wird; denn sonst kann sie ja nur privatrechtlich sein.

---

[1]) cf. auch Moll S. 44 ff.

[2]) Bezüglich der öffentlichen Benutzungsgebühren ist sehr bestritten, ob sie die Rechtsstellung der öffentlichen Abgaben im Konkurs des Abgabenschuldners genießen; das RG verneint.

[3]) cf. auch Hatschek, S. 457.

2. Die Gegenleistungen für Steuern, Gebühren und privatrechtliche vertragliche Entgelte

Sowohl Steuern wie Gebühren wie privatrechtliche Entgelte werden hingegeben, weil von anderer Seite — bei Steuern und Gebühren ist es der Staat, bei privatrechtlichen Entgelten der Vertragsgegner — auch etwas geleistet wird, was wirtschaftlich[1]) betrachtet (bei Gebühren und vertraglichen Entgelten auch juristisch betrachtet) eine Gegenleistung für die Zahlung der Steuern, Gebühren und privatrechtlichen Preise ist.

a) Die öffentlichen Gegegenleistungen für Steuern

Die staatlichen Leistungen, um derentwillen die Steuern gezahlt werden, sind genereller Natur. Sie bestehen in allen den Wohltaten, welche die Existenz eines[2]) Staates überhaupt mit sich bringt, Ruhe, Ordnung, Sicherheit, ein gewisses Maß sozialer Fürsorge. Diese Leistungen kommen allen Untertanen allgemein und gleichmäßig zugute. Unterschiede in den Empfängern dieser Staatsleistungen ergeben sich nur aus allgemeinen Gesichtspunkten; die Tatsache, daß ein einzelner Untertan eine Steuer gezahlt hat, ist kein Anlaß für den Staat, ihm eine besondere, Opfer erfordernde Leistung vor den anderen Untertanen zu gewähren. Für die Steuer erhält der Untertan alles das, was andere Untertanen auch erhalten. Maß und Umfang dieser „allgemeinen" Staatsleistungen bestimmt der Staat. Dem einzelnen Untertan ist auf seine Entschließung ein Einwirkungsrecht nicht gegeben. Die Verpflichtung des Untertans zu seiner Steuerleistung ist rechtlich auch nicht davon abhängig gemacht, daß auch der Staat seine allgemeinen Pflichten erfüllt; die Steuer ist Gegenleistung für die Staatsleistungen nur im wirtschaftlichen, nicht auch im juristischen Sinn. Denn zwei Leistungen stehen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im juristischen Sinn nur dann, wenn sie sich dergestalt gegenüberstehen, daß sie einander bedingen; wenn jeder Teil nur dann zu leisten braucht, wenn auch der andere Teil leistet; an die Voraussetzung einer staatlichen Leistung ist die Pflicht Steuern zu zahlen aber nicht geknüpft; die Steuern werden voraussetzungslos geschuldet.

---

[1]) **Volkswirtschaftlich.**

[2]) **Es soll damit aber nicht etwa behauptet werden, daß es feststehende allgemeine Staatsaufgaben gibt; was er als allgemeine Staatsaufgaben ansehen will, bestimmt jeder Staat zu jeder Zeit selbst.**

b) Die öffentlichen Gegenleistungen für Gebühren und ihr Unterschied von denen für die Steuern

Die staatlichen Leistungen, um derentwillen die öffentlichen Gebühren bezahlt werden, sind „besondere" Staatsleistungen öffentlichrechtlicher Natur[1]). Besondere Staatsleistungen sind solche Staatsleistungen, die der Staat als über den Rahmen der allgemeinen Staatsleistungen, für welche er die Steuern erhält, hinausgehend ansieht. Sie bestehen entweder in der Ueberlassung oder Gebrauchsüberlassung eines realen Gegenstandes — die für diese Nutzung gezahlten Gebühren heißen Benutzungsgebühren — oder in einer Staatstätigkeit, die gerade des Gebührenzahlers wegen erforderlich wurde. Die hierfür gezahlten Gebühren heißen Verwaltungsgebühren. Die besonderen Staatsleistungen sind immer gleichzeitig mit einem Vermögensopfer des Staates dieses Untertans oder der Gruppe von Untertanen wegen, zu denen dieser durch die Tatsache, daß die öffentliche Gebühr von ihm gefordert wird, gesellt ist, verknüpft. So bringt der Staat der Baulustigen wegen, deren Bauwerke er beaufsichtigt, durch Unterhaltung der beaufsichtigenden Beamten Opfer. Er unterhält eine öffentliche Bibliothek, er unterhält Richter. Diese Leistungen sieht der Staat als besondere Opfer des Baulustigen, des Bibliotheksbesuchers, des Rechtsuchenden an; denn er läßt sie sich durch die Bau-, Bibliotheks-, Gerichtsgebühren bezahlen. Des einzelnen Steuerzahlers als solchen wegen bringt der Staat niemals Vermögensopfer. Nun kommt es allerdings vor, daß mit der Entstehung einer einzelnen Steuerforderung ein besonderer Vorteil des Steuerzahlers verbunden ist; so erhält der Kaufmann gegen Zahlung des Einfuhrzolles die Erlaubnis, Waren einzuführen, gegen Zahlung der Wandergewerbesteuer die Erlaubnis, das Hausiergewerbe zu betreiben. Es kommt also auch vor, daß der Untertan gegen Zahlung einer Steuer eine Staatsleistung erhält. Von den besonderen Staatsleistungen, den Gegenleistungen für die öffentlichen Gebühren, unterscheiden sich solche Leistungen aber dadurch, daß sie den Staat nichts kosten. Sie bestehen nur in der Aufhebung einer Schranke der persönlichen Freiheit des Untertans, die der Staat in seinem Finanzinteresse errichtet hatte. Die besonderen Staatsleistungen dagegen, welche mit den öffentlichen Gebühren bezahlt werden, sind regelmßäig mit besonderen Opfern

---

[1]) **OVG** 13, 231; 18, 28.

des Staates verbunden[1]). — Vielfach[2]) bedeuten die besondere
Staatsleistungen nun gleichzeitig einen besonderen **Vorteil** fü
den Gebührenzahler und bei den Leistungen gegen öffentlich
Benutzungsgebühren ist dies sogar grundsätzlich stets der Fall[3])
Notwendig ist dies jedoch nicht. Es ist kein Essentiale der öffent
lichen Gebühr, daß sie einen besonderen Vorteil, den der Gebühren
zahler vom Staate erhalten hat, ausgleicht; sie ist vielmehr ei
Ausgleich der Opfer, die der Staat als besondere Opfer des Ge
bührenzahlers wegen ansieht. Darum müssen vom Gebührenzahle
kraft staatlichen Machtspruchs mitunter auch solche Staatsleistunge
bezahlt werden, die nicht dem Untertan, sondern der Allgemeinhei
Nutzen bringen, dem Untertan vielleicht sogar schaden. So mus
z. B. der abgeurteilte Verbrecher Gebühren für die Staatstätigkei
bei seiner Aburteilung zahlen (§ 465 StPO). Daß in solche
Fällen eine öffentliche Gebühr und keine Steuer in Frage steht
liegt daran, daß der Staat das Entgelt verlangt als Gegenleistun
für eine besondere Leistung seinerseits, die er dieses Untertans
wegen gemacht hat. Der Ansicht, daß er eine besondere Leistung
gewährt hat, ist der Staat nämlich immer dann, wenn er eine
Abgabe fordert mit der Begründung, daß er selbst dieses Abgaben-
schuldners wegen etwas getan habe. Diese Begründung lieg
insbesondere dann vor, wenn die Entstehung der Abgabe davon
abhängig gemacht ist, daß auch der Staat seinerseits des Untertans
wegen etwas getan hat, was ihn Opfer kostet, dieses Untertans ode
der Gruppe von Untertanen, zu der dieser durch die Tatsache, daß die
Gebühr von ihm gefordert wird, gehört. — Maß und Umfang
der besonderen Staatsleistungen, für welche die Gebühren bezahlt
werden, sind bestimmt oder nach Treu und Glauben bestimmbar.

Im Gegensatz zu den Steuern sind die Gebühren ferner Entgelte
auch im juristischen Sinn; die Steuern sind Entgelte nur im wirt-
schaftlichen Sinn. Während nämlich die allgemeinen Staats-
leistungen, um derentwillen die Steuern gezahlt werden, einander
unabhängig gegenüberstehen — die Leistungspflicht eines jeden Teils
ist unabhängig davon, ob auch der andere Teil leistet — stehen sich
Gebühr und besondere Staatsleistung dergestalt gegenüber, daß sie
einander bedingen. Jeder Teil ist nur dann zu leisten verpflichtet,
wenn auch der andere Teil leistet. Auf der Seite des Staates

---

[1]) cf. auch Toepfer, S. 52; sie werden für eine Nutzung gezahlt; für die bloße Möglichkeit einer Nutzung dürfen Gebühren nicht erhoben werden OVG 31, 53, 64; 32, 94: 36, 96; 51, 59.

[2]) so auch Toepfer S. 22. [3]) ebenso Toepfer S. 26.

bestehen allerdings Ausnahmen von diesem Grundsatz im öffentlichen Interesse; so muß der Staat z. B. Strafrechtspflege leisten, auch wenn er die Gebühr vom Verurteilten nicht erhält, ja gar keine Aussicht besteht, daß er sie je erhält. Die Regel ist es aber, daß zwischen Staatsleistung und öffentlicher Gebühr etwa dasselbe juristische Abhängigkeitsverhältnis besteht, wie es zwischen den Leistungen des gegenseitigen Vertrages besteht[1]).

Zusammenfassend sind als allgemeine Unterscheidungsmerkmale zwischen Steuern und Gebühren festzustellen: Steuern sind Entgelte für generelle, Gebühren für spezielle Staatsleistung; Steuern sind Entgelt für die allgemeinen, die Gebühren für besondere Staatsleistungen; des einzelnen Steuerzahlers wegen bringt der Staat nie Vermögensopfer, die Leistungen gegen öffentliche Gebühr sind dagegen stets mit Vermögensopfern dieses Gebührenzahlers oder der Gruppe, zu der er gehört, verbunden; die Steuern sind Entgelte nur im wirtschaftlichen, die Gebühren auch im juristischen Sinne.

c) Der Unterschied zwischen Steuern und privatrechtlichen Entgelten

Zwischen Steuern und privatrechtlichen Entgelten bestehen bezüglich ihrer Entgeltnatur dieselben Unterschiede wie zwischen Steuern und öffentlichen Gebühren. Die privatrechtlichen Entgelte stehen insoweit den öffentlichen Gebühren gleich. Hinzu kommt aber noch, daß die Staatsleistungen für Steuern und Gebühren öffentlichrechtlicher Natur sind, während die Leistungen gegen privatrechtliches Entgelt privatrechtliche Natur haben.

d) Der Unterschied der öffentlichen Gegenleistungen für Gebühren und der Gegenleistungen für privatrechtlichen Preis

Die öffentlichen Leistungen, für welche die Gebühren bezahlt werden, unterscheiden sich von den Leistungen, die durch privat-

[1]) Die Gebühren sind stets — wie oben zum Ausdruck gebracht sein dürfte — Entgelte auch im wirtschaftlichen Sinn. Damit ist gemeint, Entgelte im „volks“-wirtschaftlichen Sinn, wie es die Steuern sind. Privatwirtschaftlich betrachtet liegt ein solches Entgelts-Verhältnis zwar zumeist, jedoch keineswegs immer vor; es wird für die öffentlichen Gebühren nicht immer privatwirtschaftlich betrachtet eine Gegenleistung eingetauscht; es liegt nicht immer zwischen Gebühr und Staatsleistung dasselbe wirtschaftliche Verhältnis vor wie zwischen Leistung und Gegenleistung des gegenseitigen privatrechtlichen Vertrages. Oft liegt es vor. Die öffentlichen Gebühren stehen in dieser Hinsicht etwa in der Mitte zwischen Steuern einerseits und den privatrechtlichen vertraglichen Preisen andererseits.

rechtlichen vertraglichen Preis bezahlt werden, dadurch, daß sie öffentlichrechtlicher, jene privatrechtlicher Natur sind. Gemeinsam ist jenen wie diesen, daß sie spezielle Entgelte sind, grundsätzlich Opfer erfordern und Entgelte auch im juristischen Sinne sind.

Die den Gebühren und privatrechtlichen vertraglichen Entgelten gemeinsame Eigenschaft, daß sie Entgelte im juristischen Sinne sind, ist oben schon festgestellt worden. Dagegen, daß zwischen Benutzungsgebühren und den öffentlichen Gegenleistungen für diese etwa dasselbe Abhängigkeitsverhältnis besteht wie zwischen den Leistungen des gegenseitigen Vertrages, spricht nicht, daß die öffentliche Gegenleistung aus altruistischem Motiv (s. u. S. 22), die privatrechtliche Leistung aus egoistischem Motiv gewährt wird; denn ob eine Leistung Entgelt im juristischen Sinn ist, ob zwei Leistungen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, beurteilt sich nicht nach den Motiven, die zu ihrer Hingabe treiben, auch nicht danach, ob sie freiwillig gegeben werden, sondern ob sie einander dergestalt gegenüberstehen, daß sie sich bedingen und von einem maßgebenden Willen die eine Leistung zur Gegenleistung der anderen bestimmt ist. Dieses Verhältnis zwischen den Leistungen besteht zwischen der besonderen Staatsleistung und der öffentlichen Gebühr aber ebenso wie zwischen den gegenseitigen Leistungen des gegenseitigen Vertrages. Begründet wird es durch die Gebührenordnung, welche die Entstehung der Gebühr von der besonderen Staatsleistung abhängig macht.

Auch hinsichtlich ihrer tatsächlichen Beschaffenheit besteht Gemeinsames zwischen den besonderen Staatsleistungen für öffentliche Gebühren und privatrechtlichen Vertragsleistungen. So leistet der Staat für die Verwaltungsgebühren Dienste; für die Benutzungsgebühren überläßt er reale Güter dem Gebührenzahler zu Nutzung oder zu Eigentum. Viele von diesen öffentlichen Leistungen sind materielle Leistungen; rein wirtschaftlich betrachtet sind sie den privatrechtlichen Leistungen, wie sie durch Dienst-Kauf-Mietvertrag erworben werden, vollständig gleich, insbesondere die Leistungen, für welche die Benutzungsgebühren bezahlt werden. Ein Austausch materieller vermögenswerter Leistungen — insbesondere Nutzung eines realen Gegenstandes gegen eine Geldleistung — kann ja sehr wohl auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts stattfinden. Die früher allgemein verbreitete Lehre, daß auf alle Rechtsbeziehungen materieller vermögenswerter Güter Privatrecht Anwendung zu finden habe, und ein Austausch materieller Güter zwischen Staat und Untertan im Gebiet des öffentlichen Rechts nicht erfolgen könne, ist über-

wunden; mit Recht; denn es kann sehr wohl vom Staat als eine mit öffentlicher Gewalt zu erfüllende Aufgabe angesehen werden, irgendwelche materielle Güter dem Untertan gegen Entgelt herzugeben. In einem solchen Falle ist aber wie überall dort, wo der Staat unmittelbar zum Wohl des Untertans tätig wird, ein Anwendungsgebiet des öffentlichen Rechts. Daß eine Staatsleistung materieller Natur ist, Vermögenswert hat, ist also kein Grund dafür, auf ihre Rechtsverhältnisse Privatrecht anzuwenden.

Der Unterschied der besonderen Staatsleistungen, für welche die öffentlichen Gebühren gezahlt werden, und der privatrechtlichen Vertragsleistungen besteht also nicht so sehr in der tatsächlichen Beschaffenheit der Leistungen; er besteht vielmehr in ihrer rechtlichen Qualifikation. Die Gegenleistungen für öffentliche Gebühren sind öffentlichrechtlicher, die Gegenleistungen für privatrechtliches Entgelt privatrechtlicher Natur. Die öffentlichen Gegenleistungen für Verwaltungsgebühren charakterisieren sich nämlich als öffentliche Organtätigkeit; die Leistungen für Benutzungsgebühren bestehen in der Nutzung [1]) einer öffentlichen Anstalt [2]) oder Sache im Gemeingebrauch [3]). — Von den Gegenleistungen für öffentliche Verwaltungsgebühren wird im Folgenden nicht mehr die Rede sein [4]), weil es für die Untersuchung im speziellen Teil nicht erforderlich ist, wohl aber von der Gegenleistung für öffentliche Benutzungsgebühren, die ja in der Nutzung einer öffentlichen Anstalt oder einer Sache im Gemeingebrauch besteht. Dabei handelt sich es sich insbesondere darum, den Unterschied der kommunalen öffentlichen Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch von den nutzbaren kommunalen Privatunternehmen herauszuarbeiten und festzustellen, ob ein kommunales Unternehmen, das sowohl im öffentlichen wie im Gewinninteresse unterhalten wird, öffentlichrechtliches Unternehmen sein kann und wann es das ist. Denn mit der Feststellung, daß ein kommunales Unternehmen öffentliche Anstalt oder Sache im Gemeingebrauch ist, ist gleichzeitig festgestellt, daß das Entgelt, das für die Nutzung [5])

---

[1]) Und zwar der tatsächlich gezogenen Nutzung. Für die bloße Möglichkeit einer Nutzung kann regelmäßig eine Gebühr nicht erhoben werden.

[2]) Die öffentliche Anstalt und Sachen im Gemeingebrauch werden im Folgenden in Anlehnung an die Terminologie O. Mayers öffentlichrechtliche Unternehmungen zusammenfassend genannt werden.

[3]) Daß für Sachen im Gemeingebrauch Gebühren erhoben werden können, siehe auch Oßwald, S. 58/59.

[4]) Ueber ihre genauere Abgrenzung gegenüber den Benutzungsgebühren s. Moll, S. 43.

[5]) Allerdings die bestimmungsgemäß gezogene Nutzung.

dieses Unternehmens gezahlt wird, öffentliche Gebühr ist; denn fü die Nutzung privatrechtlicher Unternehmen kann nie eine öffentlich Gebühr verlangt werden [1]) und das Entgelt für die Nutzung öffentlich rechtlicher Unternehmen ist grundsätzlich immer eine öffentlich Gebühr. Es gibt zwar auch öffentlichrechtliche Unternehmen, ins besondere öffentliche Anstalten, die privatrechtlich genutzt werden sogenannte öffentliche Anstalten mit privatrechtlichem Nutzungs modus [2]); sie sind aber eine große Ausnahme. In aller Reg wird ein öffentlichrechtliches Unternehmen auch öffentlichrechtli genutzt. Oeffentliche Anstalten mit privatrechtlichem Nutzungs modus liegen nur dann vor, wenn dieser privatrechtliche Nutzungs modus durch besondere Bestimmungen angeordnet ist.

Oeffentliche Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch sin nun der Teil des Vermögens einer öffentlichrechtlichen Korporation dessen Nutzungen den Untertanen unmittelbar zufließen. Die öffen lichen Korporationen haben nämlich, da sie Subjekte sowohl de Privatrechts wie des öffentlichen Rechtes sind und sich in diesem w jenem Gebiete betätigen, zweierlei Arten von Vermögen, das de Privatrecht unterstehende Finanzvermögen — hierzu gehöre zahlreiche privatrechtliche Unternehmen, Bergwerke, Forsten u. a. – und das dem öffentlichen Recht unterstehende Vermögen, Verwal tungsvermögen genannt, dieses wieder zerfällt in das Ve waltungsvermögen im engeren eigentlichen Sinne, die Gegenständ die von dem öffentlichen Verwaltungsorgan zur unmittelbaren Durc führung ihrer öffentlichen Aufgaben benutzt werden, und das Ve mögen, dessen Nutzungen unmittelbar direkt den Untertanen zufließe die Sachen im Gemeingebrauch und das Vermögen der öffentliche Anstalten, welch letztere ja aus einem persönlichen und einem sac lichen Substrat — nämlich eben diesen Vermögensgegenständen un den Personen, die sie verwalten — zu einer organisatorischen Einhei eben der öffentlichen Anstalt zusammengefaßt sind. Für die Nutzun dieses öffentlichrechtlichen kommunalen Vermögens der öffentliche Anstalten [3]) und der Sachen im Gemeingebrauch werden die B nutzungsgebühren bezahlt.

Auch für die kommunalen öffentlichen Benutzungsgebühre gilt das eben Gesagte. Auch sie sind Entgelt für die Nutzun

---

[1]) OVG 29, 62.

[2]) es gibt auch öffentliche Korporationen, die nur Subjekte des öffe lichen Rechtes sind; für diese gilt das hier Gesagte nicht, cf. aber § 89 BG

[3]) natürlich auch zugleich für die Tätigkeit der sie verwaltenden Person

entweder einer öffentlichen Anstalt oder einer Sache im Gemeingebrauch; für die Nutzung kommunaler Unternehmen, die nicht öffentlichrechtlicher Natur sind, können Gebühren nicht erhoben werden; ist festgestellt, daß ein Unternehmen kommunale öffentliche Anstalt oder Sache im Gemeingebrauch ist, so ist grundsätzlich auch festgestellt, daß das für seine Nutzung bezahlte Entgelt öffentliche Gebühr ist. Aus § 4 Abs. 1, der bestimmt: „Die Gemeinden können für die Benutzung der von ihnen im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen (Anlagen, Anstalten, Einrichtungen) besondere Vergütungen (Gebühren) erheben", folgt nichts Besonderes. Das Wort öffentliche Veranstaltung ist nur eine zusammenfassende Bezeichnung für die öffentlichen kommunalen Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch. Es bezeichnet dasselbe, was hier mit öffentlichrechtlichem Unternehmen bezeichnet wurde. Allerdings umfaßt das Wort Veranstaltung, das voraussetzt, daß die Kommune eine auf die Herrichtung des Unternehmens gerichtete Tätigkeit geübt hat, die Sachen im Gemeingebrauch, die nicht durch solch eine Tätigkeit der Kommune geschaffen oder verbessert sind, nicht, z. B. nicht die Luftsäule über der Straße.[1]) Alle sonstigen kommunalen öffentlichen Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch umfassen die Worte „im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen" aber; privatrechtliche Unternehmungen gehören nicht zu ihnen.

Daß alle öffentlichrechtlichen kommunalen Unternehmungen unter den Begriff der im öffentlichen Interesse errichteten Anstalten fallen, ergibt sich aus der Aufzählung der Worte Anlagen, Anstalten, Einrichtungen hinter dem Wort Veranstaltungen. Mit diesen Worten sucht das Gesetz offenbar alle nur möglichen öffentlichrechtlichen Unternehmen zu erfassen.

Daß nur öffentlichrechtliche Unternehmen unter den Begriff der im öffentlichen Interesse errichteten Veranstaltungen fallen, folgt einmal aus den Worten „im öffentlichen Interesse unterhaltenen" vor Veranstaltungen. Diese Worte fehlen in § 12 KAG, wo für „Veranstaltungen" der Kommune privatrechtliche Entgelte erhoben werden. Ferner weisen die Worte Anlagen, Anstalten, Einrichtungen auf den öffentlichrechtlichen Charakter der im öffentlichen Interesse errichteten Veranstaltungen des § 4 I hin. Dieser folgt ferner daraus, daß für alle öffentlichen Veranstaltungen Gebühren erhoben werden können; für privat-

---

[1]) OVG 28, 74; auch nicht den Meeresstrand.

rechtliche Unternehmen können aber nie Gebühren erhoben werden
— In § 4 II sowie in § 4 III, 8 I endlich setzt das Gesetz voraus
daß, wenn überhaupt irgendwelche Entgelte für die öffentlich
Veranstaltung erhoben werden, diese *öffentliche* Gebühre
sind. Es bestimmt in § 4 II, daß bei den öffentlichen Veranstaltunge
des § 4 I, die nur gewissen Klassen von Bürgern von Nutzen sin
Gebühren erhoben werden müssen; und dies offenbar deshalb, u
die anderen Bürger nicht zu benachteiligen. Wäre nun der Gese
geber der Ansicht gewesen, daß unter die im öffentlichen Interes
errichteten Veranstaltungen des § 4 I auch privatrechtliche Unte
nehmen fielen und für diese Unternehmen auch *privatrechtlich*
Entgelte verlangt werden könnten, so hätte er in § 4 die Erhebun
nicht von *Gebühren*, sondern von *Vergütungen* überhau
— privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur — angeordne
denn es kam ihm nur darauf an, daß für die Nutzung dieser Unte
nehmen überhaupt ein Entgelt verlangt wird. — In §§ 4 III, 8
schreibt der Gesetzgeber vor, daß die Gebührentarife solcher öffentlich
Veranstaltungen, bei denen ein rechtliches oder tatsächliches Monop
der Kommune besteht, von der Aufsichtsbehörde genehmigt werde
müssen. Rechnete er unter die öffentlichen Veranstaltungen d
Abs. 1 auch privatrechtliche Unternehmungen, so hätte er die G
nehmigung von Tarifen für die „Vergütungen" für die Nutzun
solcher Unternehmen vorgeschrieben. — Das Wort „können"
§ 4 I ist daher so auszulegen: Für öffentliche Veranstaltunge
können Gebühren erhoben werden, es braucht für die Nutzun
solcher Unternehmen aber auch gar keine Vergütung verlangt werde
wird eine Vergütung verlangt, so ist sie öffentliche Gebühr; d
Worte im öffentlichen Interesse errichtete Veranstaltungen sind ei
zusammenfassende Bezeichnung der öffentlichen kommunalen A
stalten und der Sachen im Gemeingebrauch. Abzulehnen ist m.
folgende Auffassung des Wortes „können" in § 4 I: Für die i
öffentlichen Interesse errichteten Veranstaltungen können öffentlic
Gebühren erhoben werden, es können aber auch privatrec
liche Entgelte oder überhaupt keine Entgelte erhoben werde
das Wort öffentliche Veranstaltung ist nicht ein öffentlichrechtlich
Begriff, eine Zusammenfassung öffentlichen Anstalten und Sach
im Gemeingebrauch, sondern ein tatsächlicher, rechtlich farblos
Begriff, eine zusammenfassende Bezeichnung für alle die Unte
nehmen, die ihrer tatsächlichen Beschaffenheit nach geeignet sin
als öffentlichrechtliche benutzt zu werden und öffentliche Unte
nehmen zu sein.

Auch dem, daß die öffentlichrechtlichen kommunalen Unternehmen in öffentliche Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch gegliedert werden, widerspricht § 4 I nicht. Es sind zwar hinter dem Worte Veranstaltungen die Worte Anlagen, Anstalten, Einrichtungen angeführt; es ist jedoch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine Dreiteilung der kommunalen Unternehmen, für die öffentliche Gebühren erhoben werden können, einführen und von der herkömmlichen Einteilung derselben in öffentlichen Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch abgehen wollte. Diese Worte sind vielmehr nur eine Erklärung des Wortes öffentliche Veranstaltung.

III.

Oeffentliche Anstalten, Sachen im Gemeingebrauch und privatrechtliche kommunale Unternehmen

Der Unterschied der öffentlichen kommunalen Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch von den privatrechtlichen kommunalen Unternehmen besteht nicht so sehr in tatsächlicher Beziehung, hinsichtlich der realen Beschaffenheit der Unternehmen und Gegenstände, als vielmehr in rechtlicher Beziehung. Jene sind Institute des öffentlichen Rechtes, der Staat betreibt sie in unmittelbarer Erfüllung seiner Herrscheraufgaben; ihr Betrieb ist öffentliche Verwaltung; sie gehören dem Verwaltungsvermögen an. Diese sind grundsätzlich privatrechtlicher Natur; sie gehören dem Finanzvermögen an, ihr Betrieb ist fiskalische Vermögensverwaltung. — Dieser Unterschied äußert sich in zweifacher Hinsicht, einmal in einem Unterschied in der grundsätzlichen inneren Zweckbestimmung der Unternehmen und des grundsätzliche Motives für die Hingabe ihrer Nutzung an den einzelnen und dann in mehr formaler Hinsicht, in der verschiedenartigen Ausgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse.

Der Zweck der öffentlichrechtlichen Unternehmungen, öffentlichen Anstalten und Sachen im Gemeingebrauch, besteht darin, unmittelbar dem Untertanen zu nutzen, wie alles Verwaltungsvermögen. Ihr Zweck besteht nicht darin, der öffentlichen Körperschaft Geld einzubringen, denn ihr Betrieb ist öffentliche Verwaltung, unmittelbare Erfüllung der Herrscheraufgaben des Staates; und der Zweck der öffentlichen Verwaltungstätigkeit ist der, dem Wohl des Untertans unmittelbar zu dienen und nicht der, dem Fiskus Geld einzubringen. Die privatrechtlichen kommunalen Unternehmungen haben dagegen

den Zweck, der Kommune Geld zu erbringen. Sie sollen w
alles Finanzvermögen den Bürgern nicht unmittelbar durch ih
Substanz, sondern mittelbar durch ihren Reinertrag dienen. Nu
ist es allerdings nicht allem dem Privatrecht unterstehenden Ve
mögen eigentümlich, daß es seinem Eigentümer nur durch seine
Ertrag dient; es gibt auch privatrechtliche vermögenswerte Gege
stände, die ihrem Eigentümer unmittelbar, durch ihre Substan
dienen. Bei den öffentlichen Körperschaften ist dieses Vermöge
aber grundsätzlich dem öffentlichrechtlichen Vermögen, dem Ve
waltungsvermögen, zugeteilt; für das dem Privatrecht unterstehen
Vermögen, das Finanzvermögen, bleibt also nur noch das gewin
bringende Vermögen übrig, und daher kann als Grundsatz[1] au
gesprochen werden, daß privatrechtliche Unternehmen der Kommune
den Zweck haben, Gewinn zu erbringen, die öffentlichrechtliche
dagegen den, dem Wohle der Untertanen insbes. des Nutze
unmittelbar durch ihre Substanz zu dienen und nicht Gewinn z
erbringen. Das Motiv, das im Einzelfall zur Gewährung d
Nutzung des öffentlichen kommunalen Unternehmens treibt,
demgemäß altruistisch, das Motiv, das zur Gewährung ein
privatrechtlichen Unternehmens treibt, grundsätzlich egoistisch
Natur.

Neben diesem Unterschied in der Zweckbestimmung besteht zwisch
den öffentlichrechtlichen und den privatrechtlichen Unternehmung
und Sachen im Gemeingebrauch ein **Unterschied in der Ausg
gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse**; die Rechtsverhältni
jener sind öffentlichrechtlich, die dieser privatrechtlich ausgestalte
Denn daß ein Unternehmen öffentlichrechtlich, ein anderes priva
rechtlich ist, bedeutet doch nur, daß auf die Rechtsverhältnisse diese

---

[1]) Notwendige Einschränkungen dieses Grundsatzes werden sich no
ergeben. — Mit den gewerblichen Betrieben des § 3 KAG deckt sich d
Begriff des Finanzvermögens keineswegs. Einmal gehören zu ihm au
Forsten, Landgüter usw., also nicht gewerbliche Betriebe. Ungerechtfert
ist es auch, die öffentlichen Veranstaltungen des § 4 in Gegensatz zu d
gewerblichen Betrieben des § 3 zu setzen und nicht die Gegenstände d
öffentlichrechtlichen und des privatrechtlichen Vermögens, wie es hier geschie
denn unter die öffentlichen Veranstaltungen fällt **alles** für den Untert
nutzbare öffentlichrechtliche Vermögen, unter den Begriff der privatrechtlich
Gewerbebetriebe nur ein Teil des nach Privatrecht nutzbaren Vermöge
Unter die öffentlichen Veranstaltungen gehören insbesondere auch
Sachen im Gemeingebrauch. Diese haben aber mit den Gewerbebetrieb
überhaupt nichts Gemeinsames und können nicht mit ihnen verwechs
werden. Eine Abgrenzung dieser von den Gewerbebetrieben kann dab
garnicht in Frage stehen.

seine Beziehungen zur Umwelt, öffentliches Recht, auf die des anderen Privatrecht Anwendung findet; (daß die Rechtsverhältnisse dieses öffentlichrechtlich, jenes privatrechtlich ausgestaltet sind.) — Ohne weiteres, kraft eines allgemeinen Grundsatzes, findet nun das öffentliche Recht nicht auf eine Sache oder ein Unternehmen Anwendung, sondern nur wenn ein maßgebender Wille dies im Einzelfall angeordnet hat[1]). Insbesondere folgt auch daraus, daß ein Unternehmen im öffentlichen Interesse unterhalten wird, unmittelbar dem Wohle der Untertanen durch seine Substanz zu dienen bestimmt ist, nicht ohne weiteres, daß es öffentlichrechtliches Unternehmen ist. Grundsätzlich unterstehen doch alle vermögenswerten Gegenstände dem Privatrecht. Es gibt zwar auch Gegenstände, die grundsätzlich dem öffentlichen Recht unterstehen, z. B. der Meeresstrand u. a., die Regel ist dies aber nicht. Damit ein Gegenstand dem öffentlichen Recht untersteht, bedarf es vielmehr eines auf seine Unterstellung unter das öffentliche Recht gerichteten Willensaktes einer öffentlichen Korporation, die zu seiner Unterstellung unter das öffentliche Recht imstande ist. Und dieser Willensentschluß muß gerade auf die Unterstellung der Sache unter das öffentliche Recht gerichtet sein. In der Regel wird er in dem Entschluß der Kommune, eine Sache oder Unternehmen den Untertanen ohne eigenen Vorteil zur Nutzung zu geben, enthalten sein; und daher sind in der Regel Unternehmen, die nur im öffentlichen Interesse unterhalten werden, auch öffentlichrechtlich; c.f. auch § 4 KAG[2]). Immerhin kann die Kommune aber auch anordnen, daß solch ein Unternehmen dem Privatrecht unterstehen, nach Rechtsgrundsätzen des Privatrechts genutzt werden soll; denn die ist Subjekt auch des Privatrechts; ihr stehen alle Betätigungsmöglichkeiten eines Privatmannes zur Verfügung; sie kann unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen tätig

[1]) Auch das OVG spricht in Bd. 45, S. 101 von einer „Widmung" der Anstalt für die Oeffentlichkeit.

[2]) Der Gesetzgeber ist im § 4 ganz offenbar von der Ansicht ausgegangen, daß alle dem öffentlichen Interesse errichteten Veranstaltungen öffentlichrechtlicher Natur seien, und er versteht unter diesen im öffentlichen Interesse errichteten Veranstaltungen des § 4 nur die öffentlichrechtlichen kommunalen Unternehmungen in ihrer Zusammenfassung (s. oben S. 19). Anzuordnen, daß alle kommunalen Unternehmen, die unmittelbar dem Wohl der Bürger und nicht zugleich dem Gewinnzweck dienen, also im öffentlichen Interesse unterhalten werden, notwendig öffentlichrechtliche Unternehmen sein müssen und daß es den Kommunen verboten sein sollte, dergl. Unternehmen nach Norm des Privatrechtes von ihren Untertanen nutzen zu lassen, lag dem Gesetzgeber aber fern. Es ist im übrigen auch unstreitig, daß solche Unternehmen auch privatrechtlich genutzt werden können, cf. Moll.

werden, wie ein privater Wohltäter auch[1]). Und es geschieht oft genug, daß ein kommunales Unternehmen, das nur den Zweck hat, dem Wohl der Untertanen zu dienen, und das an und für sich geeignet wäre, öffentlichrechtliches Unternehmen zu sein, privatrechtlich genutzt wird, weil diese Nutzungsweise vielleicht bequemer ist, oder es den Gründern des Unternehmens näher lag, die privatrechtliche Nutzungsweise anzuordnen.

Der Unterschied der öffentlichrechtlichen Unternehmen und der privatrechtlichen besteht also sowohl in einem Unterschied der Zwecke der Unternehmen wie darin, daß bei den öffentlichrechtlichen ein auf die Anwendung des öffentlichen Rechts hinzielender Willensentschluß der Kommune vorliegt. Diese beiden Unterscheidungsmerkmale bestehen nebeneinander. Es ist daher, wenn in Frage steht, ob ein kommunales Unternehmen öffentlichrechtlich oder privatrechtlich ist, stets sowohl danach zu forschen, ob es dem Gewinnzweck dient, als auch, ob seine Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlich ausgestaltet sind. Die Feststellung, daß eines dieser Merkmale vorhanden oder nicht vorhanden ist, genügt nicht. Es ist einerseits nicht richtig, festzustellen: Dieses oder jenes Unternehmen hat nur den Zweck, dem öffentlichen Interesse zu dienen, nicht dem Gewinnzweck, „also" ist es ein öffentlichrechtliches Unternehmen. — Daß ein Unternehmen nur dem öffentlichen Interesse dient, ist zwar sehr wohl eine Vermutung dafür, daß es öffentlichrechtliche Natur hat, aber kein Beweis. — Ebenso ist es unrichtig zu sagen: die Rechtsverhältnisse dieses Unternehmens sind öffentlichrechtlich ausgestaltet, „also" ist es öffentlichrechtlicher Natur; denn wenn es etwa nur dem Zwecke dient, Gewinn zu erbringen und nicht auch dem öffentlichen Interesse, so kann es niemals öffentlichrechtliches Unternehmen sein.

Den Unternehmen, die nur dem Gewinnzweck dienen, müssen diejenigen, die deutlich erkennbar den ganz überwiegenden Zweck haben, Gewinn zu erbringen und nur nebenbei auch dem öffentlichen Interesse entgegenkommen, bei denen dies also nur ein ganz unwesentlicher Nebenzweck ist, gleichbehandelt werden. Auch solche Unternehmen können nicht öffentlichrechtliche sein. Für ihre Nutzung können Gebühren nicht erhoben werden; denn das Gesetz gestatte

---

[2]) **Aus § 3 KAG ergibt sich eine Beschränkung dieser Fähigkeit auch nicht. Wohl müssen privatrechtliche kommunale Unternehmen Gewinn erbringen; aber wenn ein Unternehmen nur dazu gehalten wird, den Untertanen durch seine Substanz zu dienen, dann ist es eben kein Gewerbebetrieb**

die Erhebung von Gebühren nur für die im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen.

Der Versuch, Unternehmen, die nur oder doch ganz überwiegend dem Gewinnzweck dienen (bei denen ein öffentlicher Zweck nur ganz untergeordnet nebenhergeht) zu öffentlichrechtlichen Unternehmen zu machen, wird nun kaum gemacht werden[1]) und andererseits werden Zweifel bezüglich der Rechtsnatur von Unternehmen, deren Rechtsverhältnisse erkennbar öffentlichrechtlich ausgestaltet sind, verhältnismäßig selten vorkommen; die Kommunen werden lukrative Unternehmen schon ganz von selbst privatrechtlich nutzen lassen. Auch werden solche Unternehmen, die nur dem Gewinnzweck dienen, in der Regel gar nicht geeignet sein, als öffentlichrechtliche Unternehmen geführt zu werden, und wird ihnen schon aus diesem Grunde der Charakter eines öffentlichrechtlichen Unternehmens abzusprechen sein. — Nicht alle Unternehmen sind nämlich geeignet, als öffentlichrechtliche geführt zu werden[2]). — (Dies kommt als weiteres Unterscheidungsmerkmal zu der oben gemachten Feststellung, daß der Unterschied der öffentlichen Unternehmen und der privatrechtlichen in einem Unterschied des Zweckes und der rechtlichen Organisation besteht, noch hinzu). — Es gibt vielmehr auch Unternehmen, die ihrer Natur nach dazu nicht geeignet sind. Oeffentlichrechtliche Unternehmen können nur solche Unternehmen sein, durch die öffentliche Aufgaben unmittelbar erfüllt werden. Nun ist es zwar grundsätzlich den Kommunen erlaubt, alle Aufgaben in ihren Bereich zu ziehen. Gewisse Tätigkeiten sind aber doch nicht geeignet, öffentliche Aufgaben zu sein. So kann es z. B. nicht als eine mit öffentlicher Gewalt — also öffentlichrechtlich — zu erledigende Aufgabe einer Kommune erklärt werden, ihre Bürger mit billigem Bier oder Fleisch zu versorgen. Eine Schweinemästerei und eine Bierbrauerei sind daher ihrer Natur nach ungeeignet, öffentlichrechtliche Unternehmen zu sein. — Dagegen steht häufig in Frage, ob ein Unternehmen, das sowohl im öffentlichen wie im Gewinninteresse unterhalten wird, und das seiner Natur nach geeignet ist, öffentlichrechtliches Unternehmen zu sein, öffentlichrechtliches Unternehmen sein kann und wann es dies ist. Dies ist die eigentliche näher zu erörternde Streitfrage.

Es ist nämlich durchaus möglich[3]), daß ein Unternehmen sowohl im öffentlichen, wie im Gewinninteresse von einer öffentlichen

[1]) ebenso auch Moll, S. 32.
[2]) cf. auch Friedrichs zu § 3 KAG Anm. 2, (1922).
[3]) cf. auch Töpfer, S. 45.

Körperschaft unterhalten wird. Eins schließt das andre nicht aus. Da ein Unternehmen im öffentlichen Interesse unterhalten wird, bedeute ja nur, daß es durch seine Substanz unmittelbar dem Wohl des Unter tans nutzt; dies kann aber auch ein Unternehmen, das Gewinn erbring

Dergleichen gemischte Unternehmen nun ohne Weiteres durch weg dem Privatrecht zuzuteilen[1]), weil sie auch Gewinn erbringen oder jedenfalls dann, wenn der Gewinnzweck nicht etwa blo ein zufälliger untergeordneter Nebenzweck ist, geht nicht an. Den diese Unternehmen enthalten sowohl öffentlichrechtliche wie priva rechtliche Elemente. Und ebenso, wie es widerstrebt, ein gewinn bringendes Unternehmen als öffentlichrechtliches zu führen, wide strebt es, ein Unternehmen, das von seinem Herrn dem öffentliche Recht unterstellt ist, einfach den privatrechtlichen Unternehmen ein zugruppieren und so den Willen der öffentlichen Korporation z mißachten, zumal das Gesetz es erlaubt und voraussetzt, daß durc den Betrieb von öffentlichen Unternehmen im Sinne des § 4 I aaD Gewinn erzielt werden darf.

Daß durch den Betrieb der im öffentlichen Interesse unter haltenen Unternehmen des § 4 I Gewinn erzielt werden dar schließt einmal der Wortlaut des § 4 nicht aus. Es ist zwa gesagt, daß für die im öffentlichen Interesse unterhaltenen Unter nehmen Gebühren erhoben werden können; daß dieses öffentlich Interesse aber das einzige Interesse sein muß, das an dem Unter nehmen bestehen darf, und das zu seiner Unterhaltung beweg spricht § 4 I nicht aus. Es folgt dies auch nicht aus der Natu der Sache. Vielmehr ergibt ein Vergleich des § 4 I mit § 8 (4 III) und mit § 11 II KAG, daß die Kommunen in § 4 i ihrer Gebührenhoheit nicht beschränkt sind und somit Ueberschüs erzielen dürfen. Wenn in § 4 III, § 8 II das Gesetz bestimm daß in einigen Ausnahmefällen, nämlich den Fällen, wo d Kommune ein rechtliches oder tatsächliches Monopol hat, d Gebührentarife für dergleichen öffentliche Veranstaltungen d Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde bedürfen, — offe bar deshalb, damit den Bürgern wichtige Lebensbedürfnis nicht verteuert werden — so folgt daraus, daß in allen andere Fällen, insbesondere in denen, wo durch das Bestehen vo privater Konkurrenz die Gewähr für eine gerechte Preisgesta tung seitens der öffentlichen Hand gegeben ist, eine soche Gene migung nicht erforderlich ist. Hier sind die Kommunen, wo

[1]) wie es Nöll-Freund tut.

die Höhe der Gebühr betrifft, nicht durch die Genehmiguug der Aufsichtsbehörde beschränkt[1]). Sie können durch den Betrieb dieser öffentlichrechtlichen Unternehmen Ueberschüsse, Gewinne, erzielen. Diese Möglichkeit will ihnen das Gesetz nicht abschneiden. Noch besser als § 4 III, § 8 I zeigt dies § 11 II, der ebenfalls eine Ausnahmebestimmung ist. In § 11 II ist ausnahmsweise angeordnet, daß die Schlachthausgebühren nur eine Kostenerstattung für die Erhaltung und Amortisation dieser Anlagen sein sollen. — Dies offenbar deshalb, damit der Bevölkerung insbesondere auch der ärmeren ein so lebenswichtiges Nahrungsmittel, wie das Fleisch, nicht verteuert wird. — Aus dieser Ausnahmebestimmung folgt die Regel, daß die Gebühren nicht eine bloße Amortisation und Kostenerstattung für die betreffenden Unternehmen sind. Das Gesetz erlaubt also Ueberschüsse durch Gebührenerhebung zu erzielen. Und wenn dies vom Gesetz erlaubt ist, dann können es die Kommunen auch von vornherein beabsichtigen. Und in der Praxis werden ja auch durch den Betrieb von Unternehmen, die unangefochten öffentlichrechtliche sind, hübsche Gewinne erzielt. Bei der zumeist traurigen Finanzlage der Gemeinden ist es sogar wünschenswert, daß durch den Betrieb aller gemeindlichen Unternehmungen etwas zu den allgemeinen Ausgaben beigetragen wird, auch durch die öffentlichrechtlichen. Dafür, daß in wichtigen Fällen Lebensbedürfnisse nicht verteuert werden, sorgen ja § 8 II, § 11 II[2]).

Auch durch den Betrieb öffentlichrechtlicher Unternehmen darf also Gewinn erzielt werden, und die Tatsache daß ein dem Wohle der Untertanen nutzendes Unternehmen auch ertragreich ist und dies sein soll, ist kein Beweis dafür, daß es privatrechtlich ist. Ein solches Unternehmen kann vielmehr sehr wohl auch öffentlichrechtlich sein, und das ist es nach der hier vertretenen Ansicht dann, wenn seine Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlich ausgestaltet sind. Denn da es sowohl dem öffentlichen wie dem Gewinnzwecke dient, also öffentlichrechtliche wie privatrechtliche Elemente enthält, muß der oben festgestellte Unterschied, daß die privatrechtlichen Unternehmen im Gewinninteresse die öffentlichrecht-

[1]) Der richterlichen Nachprüfung unterliegen die Gebührensätze nur dann, wenn sie absolut ungeeignet und willkürlich sind. In einem solchen Fall kann dem verlangten Entgelt der Charakter einer öffentlichen Gebühr abgesprochen werden; sonst nicht. Aus der Höhe des Entgeltes können keine Schlüsse auf die Rechtsnatur derselben gezogen werden. S. auch OVG 31, 65.

[2]) Zum Beweise, daß durch die öffentlichen Unternehmen verdient werden darf, soll dieser Satz nicht dienen, denn er ist rechtspolitischer Natur.

lichen im öffentlichen Interesse unterhalten werden, außer Betracht bleiben; denn es sind beide Momente vorhanden. Und die Entscheidung, ob das Unternehmen öffentlichrechtlich ist oder nicht, kann logischerweise nur von dem zweiten der oben — Seite 24 — nebeneinandergestellten Unterscheidungsmerkmale, nämlich davon abhängen, ob die Kommune das Unternehmen zum öffentlichrechtlichen Unternehmen machen wollte (cf. Jellinek 1928, S. 493[1])), ob sie seine Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlich ausgestaltet hat. —

Die Entscheidung darauf abzustellen, ob der „überwiegende" Zweck des Unternehmens der Gewinnzweck oder ein öffentlicher Zweck ist, geht nicht an. Von dem Gesetz wird ein solches Vorgehen nicht gefordert; andererseits ist es auch unpraktisch. Freilich, die Unternehmen, bei denen ganz deutlich und ohne nähere Betrachtung erkennbar der öffentliche Zweck nur etwas ganz Nebensächliches ist, und die, ohne daß Zweifel bestehen können, in der Hauptsache im Gewinninteresse unterhalten werden, müssen den Unternehmen, die nur im Gewinninteresse unterhalten werden gleichgestellt sein. Sie sind nicht als im öffentlichen Interesse unterhaltene Unternehmen anzusehen. In allen anderen Fällen der hier in Frage stehenden gemischten Unternehmen aber danach zu forschen, welcher Zweck nun der überwiegende Zweck ist und die Momente für und wider den öffentlichen Zweck und den Gewinnzweck genau gegeneinander abzuwägen, geht nicht an.

In § 4 I KAG ist nur vorgeschrieben, daß für im öffentlichen Interesse unterhaltene Veranstaltungen Gebühren erhoben werden dürfen. Daß dieses Interesse das überwiegende sein muß, sagt § 4 KAG nicht. (S. o.) Das war auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Dieser wollte ganz offenbar den Kommunen auch darin, welche Unternehmen sie zu öffentlichen Unternehmen machen wollen, eine gewisse Freiheit lassen. (S. o.) Schließlich handelt es sich hier auch um eine Selbstverwaltungsangelegenheit.

Ferner ist es praktisch auch kaum möglich, in Zweifelsfällen festzustellen, welches der überwiegende Zweck eines Unternehmens ist. Es kann wohl festgestellt werden, daß ein Unternehmen dem Gewinnzweck **und** dem öffentlichen Zweck dient. Ein minutiöser Vergleich dieser Zwecke läßt sich aber nicht durchführen. Einmal ist beides gar nicht recht vergleichbar; es kann ein sehr hohes

[1]) Jellinek, Verw. Recht 1928, S. 493 und die dort zit. Entscheidungen Württ. VGH Juni 03; Württ. I, 05, S. 225 ff. Sächs. OVG 6. 1. 24; JW 26, S. 899 Pr. OVG Bd. 68, S. 111 ff.

öffentliches Interesse an einem Unternehmen bestehen und zugleich ein sehr hohes Gewinninteresse. Es ist nicht gesagt, daß in den Fällen, wo ein hohes öffentliches Interesse besteht, das Gewinninteresse desto geringer sein muß. Welcher Zweck der überwiegende ist, kann ferner auch nur vom Standpunkt der Kommunen aus entschieden werden. Sie setzt die Zwecke; ihre Absichten mit dem Unternehmen wären also zu erforschen und abzuwägen. Dergleichen subjektive Momente zu erforschen und zu vergleichen, ist aber immer undankbar. Einmal ist es ja immer eine heikle Frage, was einem Unternehmer die Hauptsache ist, das Geld oder das öffentliche Wohl und ergibt letzten Endes doch nur einen eingebildeten Maßstab (O. Mayer II, 2. Aufl. S. 475). Und dann fragt es sich, woraus soll auf diese Absichten geschlossen werden? Aus den Aeußerungen der Gründer des Unternehmens? — Diese werden bei der Parteizersplitterung im Stadtparlament wenig einheitlich sein; auch wird der eine der Errichtung eines solchen Unternehmens zustimmen, weil er ein öffentliches Bedürfnis damit zu befriedigen hofft, der andere, weil er einen hübschen Gewinn für die Kommune voraussieht, der dritte aus beiden Gründen. — Oder aus der tatsächlichen Führung des Unternehmens? Dabei fragt es sich weiter, ob aus der augenblicklichen Führung oder der allgemeinen durchschnittlichen Führung des Unternehmens im Laufe der Zeit. Das erstere wäre wohl vorzuziehen. Hier ließe sich vielleicht ein Vergleich der Zweckbestimmungen durchführen. Aber wie soll man sich verhalten, wenn die Kommune in der Absicht, mit dem Unternehmen Gewinn zu erzielen, je nach der Parteikonstellation im Stadtparlament und ihren wirtschaftlichen Bedürfnissen schwankt. Soll dann jedesmal, wenn wieder etwas mehr Wert darauf gelegt wird, Gewinn zu erzielen, das Unternehmen aus einem öffentlichrechtlichen zu einem privatrechtlichen werden und umgekehrt die Absicht der Kommune, das Unternehmen als öffentlichrechtliches zu führen, wieder den Charakter des Unternehmens bestimmen, wenn von diesem Gewinnstreben etwa Abstand genommen wird? Das kann weder im Interesse der Kommune noch der Nutzer des Unternehmens liegen. Es ist daher schon am besten, die Entscheidung, ob dergleichen Unternehmen, die sowohl dem öffentlichen wie dem Gewinninteresse dienen, öffentlichrechtlich sind oder nicht, der Kommune zu überlassen und danach zu forschen, ob diese die Rechtsverhältnisse des Unternehmens öffentlichrechtlich ausgestaltet hat.

Auch noch ein anderes praktisches Moment spricht dagegen, die Entscheidung, ob ein Unternehmen öffentlichrechtliches Unter-

nehmen ist[1]), davon abhängig zu machen, ob der öffentliche Zweck der überwiegende Zweck des Unternehmens ist. Ein solches Vorgehen würde nämlich zu falschen Konstruktionen nötigen oder sich in Widerspruch zu festen Erkenntnissen setzen. So ist es allgemein anerkannt, daß ein öffentlichrechtliches Unternehmen vorliegt, wenn Benutzungszwang[2]) besteht. Es ist dies ein formales Merkmal, ein Zeichen dafür, daß die Rechtsverhältnisse des Unternehmens öffentlichrechtlich ausgestaltet sind. Diejenigen nun, welche die Entscheidung, ob ein Unternehmen öffentlichrechtlich ist, in erster Linie darauf abstellen, ob das Unternehmen Gewinn erbringt oder nicht, sagen, dieses Moment sei ein Zeichen dafür, daß keine Gewinnabsicht bestehe. Ebenso müßte man konstruieren, wenn man sagte, nur solche Unternehmen könnten als öffentlichrechtliche geführt werden, die nicht den überwiegenden Zweck haben, Gewinn zu erbringen. Es müßte behauptet werden, die Tatsache, daß Benutzungszwang besteht, sei ein Zeichen dafür, daß kein überwiegendes Gewinninteresse bestehe. Indessen kann diese Tatsache doch nur ein Indiz dafür sein, daß die Polizeibehörde, auf deren Willen der Benutzungszwang beruht, der Ansicht war, der überwiegende Zweck des Unternehmens bestehe nicht darin, Gewinn zu erbringen. Welche Garantie besteht aber dafür, daß diese Ansicht richtig ist, und kann die Kommune nicht inzwischen der Ansicht geworden sein, daß das Unternehmen gar nicht so sehr im öffentlichen Interesse erforderlich gewesen sei, daß sie es aber doch unterhalten wolle, weil es Gewinn erbringe? Auch kann ja die Polizeibehörde bei der Anordnung des Benutzungszwanges die in Literatur und Rechtsprechung weit verbreitete Ansicht geteilt haben, daß Benutzungszwang auch für solche Unternehmen vorgeschrieben werden kann, die dem Gewinnzweck dienen, wenn sie nur dabei in hohem Maße dem öffentlichen Interesse dienen.[3])

---

[1]) und auch, ob ein Unternehmen öffentlichrechtliches Unternehmen sein „kann“ (falls nämlich außerdem seine Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlich ausgestaltet sind.)

[2]) OVG 62, 243, siehe auch Töpfer S. 47; etwas anders Mole S. 29

[3]) cf. OVG Pr. Verw. Bl. 34, 444 „Eine Polizeiverordnung kann die Benutzung einer bestimmten Gemeindeanstalt zwingend vorschreiben, sofern die Gemeinde durch Ortsstatut die Verpflichtung zur Vornahme der entsprechenden Verrichtung eingegangen ist und die Anstalt zur Benutzung durch die Gemeindeangehörigen bereitstellt. Erforderlich ist aber, daß es sich um einen Gegenstand handelt, welcher der ortspolizeilichen Regelung unterliegt. . . . Daß die Stadt mit der Regelung der Leichenbestattung finanzielle Rücksichen verfolgt, berührt die Rechtsgültigkeit der Verordnung

Bei der Entscheidung, ob ein konkretes kommunales Unternehmen öffentlichrechtliches Unternehmen, öffentliche Anstalt oder Sache im Gemeingebrauch ist, ist nach alledem folgendermaßen vorzugehen: Es wird zuerst festgestellt, ob das Unternehmen seiner Natur nach geeignet ist, als öffentlichrechtliches Unternehmen mit öffentlicher Gewalt geführt zu werden; nur solche Unternehmen können öffentlichrechtlich sein. Hernach, ob es nur oder doch ganz deutlich erkennbar in der Hauptsache dem Gewinnzweck dient, so daß der öffentliche Zweck nur Nebensache ist; solche Unternehmen können nicht öffentlichrechtlich sein. Sodann ist festzustellen, ob das Unternehmen nur dem öffentlichen Interesse dient. Dies ist ein Indiz dafür, daß es öffentlichrechtliches Unternehmen ist. Die Entscheidung, ob dieses Unternehmen öffentlichrechtliches Unternehmen ist, hängt dann davon ab, ob seine Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlich geregelt sind. Dies gilt auch für die Entscheidung bezüglich der Unternehmen, die sowohl dem öffentlichen wie dem Gewinnzwecke dienen. Läßt sich nicht feststellen, ob die Rechtsverhältnisse des Unternehmens öffentlichrechtlich geregelt sind, aber auch nicht feststellen, daß die Rechtsverhältnisse des Unternehmens spezifisch privatrechtlich ausgestaltet sind, so ist das Unternehmen, das nur dem öffentlichen Interesse dient, öffentlichrechtlich, das sowohl dem öffentlichen wie dem Gewinninteresse dienende Unternehmen privatrechtlich.

Die Entscheidung, ob ein konkretes kommunales Unternehmen privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, hängt nach der hier vertretenen Ansicht in der Hauptsache also davon ab, ob die Rechtsverhältnisse des Unternehmens privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ausgestaltet sind. — Nöll-Freund[4]) führt nun gegen diesen

---

nicht." Ich stimme mit dieser Entscheidung übrigens nur insoweit überein, als sie es für zulässig hält, Benutzungszwang auch für gewinnbringende Unternehmen zu erklären; mit OVG 62, 243 fordere ich aber, daß diese Unternehmen als öffentliche Anstalten organisiert sind, öffentliche Anstalten sind.

[4]) Nöll-Freund legt dem Zweckmoment eine Bedeutung bei, die es nicht hat. Deshalb ist seine Ansicht abzulehnen. Ebenso

1. Fleiner 1912, S. 284/85.
2. In der völligen Vernachlässigung der materiellen Momente liegt der Fehler Kormanns. Pr. Verw. Bd. 34. S. 394 ff; Otto Mayer II, 2. Aufl. S. 475 ff steht etwa auf demselben Standpunkt wie Kormann. Charakteristisch sind folgende Sätze:

1. Das Privatwirtschaftliche hängt überhaupt nicht so sehr am Geldverdienen, sondern die Art, wie der Unternehmer es macht, ist die Hauptsache,

2. Was dem Unternehmer die Hauptsache ist, das Geld oder das öffentliche Wohl ist eine heikle Frage und ergibt doch nur einen eingebildeten Maßstab.

Gesichtspunkt, — den er übrigens selbst subsidiär neben den Zweckmoment verwendet, — an, daß er unpraktisch sei. Er wendet sich gegen Kormann, der die Entscheidung — allerdings in allen Fällen und ganz einseitig nur — nach der rechtlichen Ausgestaltung des Unternehmens treffen will, mit der Bemerkung, Kormann gehe von den Rechtsfolgen aus, um auf die Rechtsnatur des Unternehmens zu schließen, gerade diese Rechtsfolgen seien aber in der Regel strittig, und die Rechtsnatur des Unternehmens würde gerade nur dieser Rechtsfolgen wegen festgestellt. Bei dieser Polemik übersieht Nöll-Freund indessen, daß in der Regel nicht die ganze rechtliche Ausgestaltung eines Unternehmens strittig sein wird, sondern nur die eine oder die andere Frage, zumeist, wie auch hier, die, ob das Entgelt für die Nutzung des Unternehmens den Charakter einer öffentlichen Gebühr hat. In der Regel wird noch genug bekannt sein, um die Rechtsnatur des Unternehmens feststellen zu können[1]).

Wann sind die Rechtsverhältnisse eines Unternehmens öffentlichrechtlich ausgestaltet?

Bei der Feststellung, ob und wann die Rechtsverhältnisse eines kommunalen Unternehmens öffentlichrechtlich geregelt sind, ist nun ein Unterschied zwischen den öffentlichen Anstalten und den Sachen im Gemeingebrauche zu machen; denn die Rechtsverhältnisse dieser und jener sind nicht in allem gleichgestaltet. Auch steht im vorliegenden Falle nicht in Frage, ob ein bestimmtes öffentliches Unternehmen (der Marktplatz) Sache im Gemeingebrauch ist, sondern nur wie weit der Gemeingebrauch an der Sache reicht, und daß eine Sache nur insoweit, als an ihr Gemeingebrauch besteht, dem öffentlichen Recht untersteht und das Entgelt für ihre Nutzung nur in diesem Falle öffentliche Gebühr ist. — Nun gilt zwar auch für die öffentlichen Anstalten, daß sie dem öffentlichen Recht nur in soweit unterstehen, als sie ihrem öffentlichen Zwecke dienen[2]); denn das öffentliche Recht kann nur insoweit Anwendung finden, als das Unternehmen dem Zweck dient, für den es die öffentliche Körperschaft in Dienst gestellt hat.

---

[1]) Kormann, Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechtes Fall … Dort wird an Hand der Benutzungsordnung einer Bibliothek festgestellt, daß und warum die Bibliothek eine öffentliche Anstalt ist. Es ist dies der beste Beweis für die Unrichtigkeit der Nöll-Freund'schen Ansicht.

[2]) auch cf. OVG 44, 164

Diese Frage kommt aber im vorliegenden Falle nicht in Betracht, und es braucht auf sie nicht eingegangen zu werden.

Die öffentliche Anstalt

Bei der Untersuchung, ob die Rechtsverhältnisse eines kommunalen Unternehmens derart öffentlichrechtlich ausgestaltet sind, daß es eine öffentliche Anstalt ist, ist nun zunächst festzustellen, ob der Wille der Kommune, das Unternehmen als öffentliche Anstalt zu führen oder öffentliche Gebühren[1]) zu erheben — denn dann ist das Unternehmen öffentlichrechtlich — oder aber es als privatrechtliches zu führen, formell irgendwie zum Ausdruck gekommen ist. So würde z. B. in der Regel ein Unternehmen öffentliche Anstalt sein, wenn es sich selbst als öffentliche Anstalt bezeichnet oder in einer öffentlichen Gebührenordnung die Erhebung von Gebühren regelt, oder auf Bestimmungen des KAG, die nur für öffentlichrechtliche Unternehmen in Betracht kommen, z. B. § 4 oder § 11 II hinweist. Feste Regeln, welche Bedeutung einem formellen Merkmal im Einzelfall beizulegen ist, können natürlich nicht gegeben werden. Dagegen ist ein Unternehmen immer dann als privatrechtliches anzusprechen, wenn es in Rechtsformen des Privatrechts z. B. als Aktiengesellschaft auftritt. Hier zeigt der Staat, daß, soweit er nichts besonderes bestimmt, auf die Rechtsverhältnisse des Unternehmens Privatrecht Anwendung zu finden hat; er bewegt sich ja bei der Gründung des Unternehmens selbst in privatrechtlicher Sphäre.

Hernach ist festzustellen, ob aus irgendwelchen Bestimmungen des objektiven Rechts die Rechtsnatur des Unternehmens gefolgert werden kann. So z. B., daß es von der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgenommen ist; daß aus privatrechtlichen Titeln die Einstellung des Betriebes nicht verlangt werden kann[2]); daß dem Unternehmen Enteignungsrecht zusteht oder seinetwegen geübt worden ist[3]). Sodann ist zu untersuchen, ob das Rechtsverhältnis des Unternehmens zum Nutzer öffentlichrechtlich ausgestaltet ist.

---

[1]) Ein solcher Hinweis besteht im vorliegenden Fall ja allerdings nicht.

[2]) Fleiner S. 329: gegen Belästigungen, die der Betrieb einer öffentlichen Anstalt mit sich bringt, kann der Untertan nichts unternehmen, er kann nur eine öffentlichrechtliche Entschädigung verlangen.

[3]) Enteignungsrecht haben indessen mitunter auch privatrechtliche Unternehmen, cf. Hatschek S. 357; Töpfer S. 48 hält das Expropriationsrecht für ein sicheres Indiz dafür, daß das es besitzende Unternehmen öffentliche Anstalt ist.

Hierbei muß insbesondere die Anstaltsordnung herangezogen un ausgelegt werden.

Dabei ist zunächst festzustellen, ob das vom Untertan gezahlt Entgelt Gebühr ist, oder — wenn wie hier gerade in Frage steht ob das Entgelt Gebühr ist — ob es jedenfalls Gebühr sein kann So kann z. B. ein Entgelt dann nicht öffentliche Gebühr sein wenn es nicht auf Grund eines Tarifes erhoben, sondern durc besonderes Rechtsgeschäft festgesetzt wird; auch wohl dann nicht wenn vorausgesetzt ist, daß über es im ordentlichen Rechtswe gestritten wird.

Hernach ist zu untersuchen, ob irgendwelche Indizien für da Vorhandensein einer öffentlichen Anstaltsgewalt sprechen; den es ist gerade den öffentlichen Anstalten eigentümlich, daß der Anstaltsherrn über den Nutzer eine besondere öffentlichrechtlich Gewalt zukommt, die in der allgemeinen Staatsgewalt nicht en halten ist.

Die öffentliche Anstaltsgewalt äußert sich zunächst bei de Begründung des Verhältnisses der Anstaltsnutzung. Dieses wir durch einen Akt der Anstaltsgewalt begründet. Der Unterta unterwirft sich — freiwillig oder gezwungen — der Anstaltsgewa und der Träger derselben läßt ihn nunmehr zur Anstaltsnutzun zu; zugleich legt er ihm alle Pflichten auf, welche die Anstalts nutzer gegen die Anstalt treffen. Es ist dies ein Verwaltungs akt auf Unterwerfung[1]). Als Vertrag ist das Rechtsgeschäft, dur welches der Untertan die Nutzung einer öffentlichen Anstalt erhäl nicht anzusehen. Aeußerlich mögen die Vorgänge, insbesonde bei der selbstgewollten Anstaltsnutzung, dem Vertragsschluß se ähnlich sein; materiell sind sie verschieden. Das Verhältnis d Anstaltsnutzung ist ein öffentlichrechtliches, und seine Begründun erfolgt im Gebiete des öffentlichen Rechts; (denn durch die G währung der Nutzung der öffentlichen Anstalt erfüllt der Sta unmittelbar Herrscheraufgaben). Im Gebiet des öffentlichen Recht ist der Staat dem Untertan aber nicht gleich-, sondern übe geordnet; zwischen rechtlich Ueber- und Untergeordneten kann nu ein Vertrag nicht geschlossen werden. Ein Vertrag kann nur unt rechtlich Gleichgeordneten geschlossen werden. Und es muß daher fe

[1]) Otto Mayer, 3. Aufl. S. 278 hält die Begründung des Verhältniss der Anstaltsnutzung für einen einseitigen, aber rein tatsächlichen Akt u nicht für einen Verwaltungsakt. Dies nimmt seinen Grund aber nur a der zu engen Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes, wie Otto Ma sie vornimmt.

gestellt werden: Die Nutzung einer öffentlichen Anstalt wird nicht durch Vertrag erlangt, sondern durch einen einseitigen Akt der Anstaltsgewalt.

Daraus folgt dann weiter, daß umgekehrt die Feststellung, ob eine öffentliche Anstaltsgewalt vorhanden ist, dadurch bewirkt werden kann, daß festgestellt wird, ob das Verhältnis des Nutzers zu dem Unternehmen durch Vertrag oder durch einseitige Zulassung seitens der öffentlichen Gewalt begründet worden ist. Nun sind, wie gesagt, die äußeren Vorgänge bei der Erlangung der Nutzung einer öffentlichen Anstalt zumeist kaum von den Vorgängen beim Vertragsschluß zu unterscheiden. Ob ein Vertrag oder ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung vorliegt, kann daher nur eine materielle Betrachtung ergeben. Und dabei genügt es, festzustellen, daß das in Frage stehende Rechtsgeschäft nicht Vertrag sein kann; denn wenn es nicht Vertrag ist, dann kann es sich nur um den einseitigen Zulassungsakt zur öffentlichen Anstaltsnutzung handeln.

Vertrag ist ein Rechtsgeschäft nun insbesondere dann nicht, wenn die als Kontrahenten in Betracht kommenden Personen durch Normen objektiven Rechtes gezwungen sind, auf das Rechtsgeschäft einzugehen, wenn Zahlungs- oder Benutzungszwang besteht; (Zulassungszwang auf der Seite der öffentlichen Körperschaft, Benutzungszwang auf der Seite des Nutzers) denn der Vertrag ist ein Institut des Privatrechts, und es ist einer der obersten Grundsätze des Privatrechts, daß Vertragsfreiheit besteht, daß grundsätzlich keiner durch Normen objektiven Rechtes gezwungen ist, auf das Anerbieten eines anderen einzugehen.

Es gibt allerdings die Einrichtung des sogenannten Kontrahierungszwanges; hier besteht kraft objektiven Rechtssatzes ein Zwang für jemanden, einen Vertrag abzuschließen. Wenn ein solcher Kontrahierungszwang irgendwo besteht, so handelt es sich aber immer um eine Ausnahme von der allgemeinen Regel. Der Kontrahierungszwang ist ein Fremdkörper im Gefüge des Privatrechts[1]); er liegt nur dann vor, wenn durch ausdrückliche Bestimmungen[2]) ein Zwang zur Eingehung in das Rechtsgeschäft festgesetzt und zugleich ausgesprochen ist, daß das Rechtsgeschäft privat-

---

[1]) Kormann, Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts, S. 28 ff.

[2]) oder durch unzweideutige Umstände (Ich denke z. B. an den Fall, daß eine Stadt eine Apotheke führt; hier will sie tätig werden wie ein Privater auch).

rechtlicher Vertrag bleiben soll. In der Regel liegt aber, wenn
kraft objektiven Rechtes ein Zwang besteht, auf ein Rechtsgeschäf
einzugehen oder es nachzusuchen, kein Vertrag vor.

Dagegen kann im öffentlichen Recht sehr wohl ein Zwan
bestehen, auf ein Rechtsgeschäft einzugehen. So kann der Staa
oder die Kommune kraft objektiven Rechts[1] im öffentlichen In
teresse gehalten sein, die Untertanen zur Nutzung eines Unternehmen
zuzulassen, andererseits kann der Untertan gezwungen sein, ei
solches Unternehmen zu nutzen. Nun findet öffentliches Recht zwa
nicht bloß dann Anwendung, wenn der Staat mit Zwang un
Befehl vorgeht; der Staat kann auch unmittelbar zum Wohle de
Untertanen tätig werden, ohne daß er Zwang anwendet und ein
öffentliche Anstalt kann auch dann vorliegen, wenn kein Benutzungs
zwang besteht[2]; wenn aber der Staat mit Befehl und Zwan
vorgeht, so ist dies ein Indiz dafür, daß er hier öffentliche Auf
gaben erfüllt und darum öffentliches Recht Anwendung finde
Wenn Benutzungszwang für ein Unternehmen besteht, so ist die
ein Zeichen dafür, daß das Nutzungsverhältnis nicht durch priva
rechtlichen Vertrag, sondern durch einseitiges öffentliches Rechts
geschäft begründet worden ist, daß keine Betätigung der öffen
lichen Anstaltsgewalt in Frage steht.

Der Benutzungszwang — er muß (wie gesagt) auf Norme
objektiven Rechtes beruhen, eine auf Rechtsgeschäft beruhend
Verpflichtung eines Beteiligten zur Gewährung der Nutzung eine
Unternehmens spricht nicht dagegen, daß das Rechtsgeschäft Vertra
ist — kommt nun in zweierlei Formen vor[3]. Es kann einma
ein staatlicher Befehl für den Untertan bestehen, die Nutzung de
Unternehmens nachzusuchen (Benutzungszwang im engeren Sin
Anschlußzwang). Der staatliche Befehl schließt den freien Wille
des Untertans über die Handlung sebst aus, z. B. beim Schu
zwang, Kanalisationszwang. Oder es steht dem Untertan an si
frei, ob er die betreffende Handlung vornehmen will; aber wen
er sie in der gewollten Form und unter den von ihm gewünschte
Bedingungen vornehmen will, so muß er sich des obrigkeitliche
Unternehmens bedienen. Dieses allein ist berechtigt, die von de
Untertan gewollte Leistung herbeizuführen. Dies ist der Fa

---

1) § 4 östliche Städteordnung.

2) OVG 26, 47.

3) **Meißinger**, 30,594; 31,208.

z. B. beim Postzwang, Schlachthauszwang[1]). — Diese Fälle sind von den tatsächlichen und den Finanzmonopolen abzugrenzen. Bei den tatsächlichen Monopolen ist der Untertan zwar auf ein obrigkeitliches Unternehmen angewiesen, es besteht aber an sich die rechtliche Möglichkeit, daß ein Unternehmen der gleichen Art wie das obrigkeitliche errichtet wird; dem stehen nur Hindernisse tatsächlicher Natur im Wege. Die Finanzmonopole dagegen unterscheiden sich von den öffentlichen Unternehmen mit Benutzungszwang dadurch, daß sie in dem ausgesprochenen Zweck, Einkünfte zu erbringen, angeordnet sind, während der Benutzungszwang dem unmittelbaren Interesse der Untertanen nutzen soll. Die Finanzmonopole sind aus steuerlichen Gründen eingerichtet.

Die öffentliche Anstaltsgewalt dokumentiert sich also bei der Begründung des Verhältnisses der Anstaltsnutzung; sie dokumentiert sich weiter bei der Feststellung der Anstaltsordnung. Kraft der Anstaltsgewalt stellt der Anstaltsherr einseitig die Anstaltsordnung auf. Er stellt alle die Regeln zusammen, nach denen sich das Nutzungsverhältnis abwickeln soll. Er tut das einseitig; er kann die Anstaltsordnung auch einseitig ändern; und die Nutzer sind an dergleichen Aenderungen gebunden.

In den Anstaltsordnungen ist auch der Gebührentarif für die Anstaltsnutzung begriffen. Er ist ein Teil derselben, mag er auch besonders abgefaßt sein. Soweit die Anstaltsordnung Gebührentarif ist, gilt für sie die Bestimmung des § 7 BAg.; insoweit bedarf der Träger der Anstaltsgewalt zu ihrem Erlaß auch gesetzlicher Ermächtigung; in den Fällen des § 4 III auch der Genehmigung der Verwaltungsbehörde.

Der Besitz einer öffentlichen Anstaltsordnung ist ein Essentiale der öffentlichen Anstalt. Fehlt sie, so ist das Unternehmen keine öffentliche Anstalt, das Entgelt für seine Nutzung keine Gebühr. — Nun gleichen die öffentlichen Anstaltsordnungen mitunter sehr den privatrechtlichen Benutzungsordnungen für privatrechtliche

---

[1]) Oftmals besteht in diesen Fällen daneben auch die Möglichkeit, dasselbe Ziel auf andere, umständlichere Weise zu erreichen. Soll die Handlung indessen in der bestimmten Weise unter den gewollten Bedingungen vorgenommen werden, so besteht ein rechtlicher Zwang, das obrigkeitliche Unternehmen zu benutzen. So kann in Orten mit Schlachthauszwang ein Fleischer zumeist außerhalb einer bestimmten Bannmeile frei schlachten und das Fleisch in das Stadtgebiet einführen. Das spricht aber nicht dagegen, daß Benutzungszwang für das Schlachthaus besteht; denn in der Stadt darf jedenfalls nur in dem Schlachthaus geschlachtet werden. Dieses muß benutzt werden.

Betriebe. (Es gilt hier entsprechend das oben über privatrechtlich Tarife Gesagte). Einen besonders autoritativen Ton haben si vor diesen nicht voraus[1]. Immer[...] kann oft aus mancherle Bestimmungen einer Benutzungsordnung auf das Bestehen eines besonderen öffentlichen Gewaltverhältnisses zwischen dem Inhabe des Betriebes (das müßte dann eine öffentliche Korporation sein mit dem Nutzer geschlossen werden. In diesem Falle steht ein öffentliche Anstaltsordnung in Frage. Als Beispiel mag hier mi Kormann[2]) angeführt sein die Bestimmung einer Bibliotheks ordnung, daß Bücher, die nicht rechtzeitig zurückgegeben werden von der Polizei abgeholt werden können. Feste Regeln dafür welche Bestimmungen einer Benutzungsordnung darauf hindeuten daß eine öffentliche Anstalt in Frage steht, lassen sich natürlic nicht geben.

Wenn die Anstaltsgewalt das Essentiale der öffentlichen Anstal ist, so ist der öffentlichen Anstalt dagegen nicht begriffswesentlic das Vorhandensein einer besonderen Anstaltspolizei[3]). Es gib gar keine solche; will die öffentliche Anstalt sich vor Außenstehende schützen, so mag sie die ordentliche Polizei anrufen. Diese wir für sie tätig, und zwar mit größerer Intensität als sonst, da di öffentliche Anstalt Staatsaufgaben erfüllt und die Sicherheit un das ordentliche Funktionieren ihres Betriebes vor Außenstehende geschützt sein muß. Ruhe und Ordnung unter den Anstaltsnutzer aufrecht zu erhalten und die Interessen der öffentlichen Anstalt z wahren, ist dagegen eine Funktion der öffentlichen Anstaltsgewalt[4]

Endlich ist noch die rechtliche Natur der gemeindlichen Leistun zu prüfen, insbesondere, welche Rechtsfolgen eine mangelhaf öffentliche Leistung nach sich zieht, ob diese Rechtsfolgen spezifis privatrechtliche sind, z. B. Wandlung, Schadenersatz wegen Nich erfüllung (wenn die öffentliche Anstaltsordnung hierüber kein Bestimmung trifft, so werden doch mitunter unter den Beteiligte bereits bestimmte Rechtsanschauungen herausgebildet sein).

---

[1]) s. auch Töpfer, S. 53.

[2]) cf. Kormann, Einführung in die Praxis des Verwaltungsrecht Fall I.

[3]) Hatschek, S. 461; Fleiner 1929; Meißinger, 30,597.

[4]) Wenn man diese letztere Tätigkeit als Anstaltspolizei bezeichne will, so ist dagegen nichts einzuwenden. Zumeist wird jedoch unter Anstalt polizei eine besondere Befugnis der öffentlichen Anstalt sich gegen Störunge der Außenwelt zu wehren, begriffen; diese soll über den Rahmen vo 10 II 17 ALR hinausreichen (Hatschek S. 461).

Die Sachen im Gemeingebrauch

Auch die Rechtsverhältnisse der Sachen im Gemeingebrauch sind gegenüber denen der Gegenstände des Privatrechts verschieden gestaltet.

Sachen im Gemeingebrauch sind solche Gegenstände, die von den Untertanen unmittelbar, in Ausübung ihrer persönlichen Freiheit, also ohne besondere Zulassung zur Nutzung seitens der öffentlichen Gewalt, genutzt werden dürfen und, sofern sie nicht von Natur diesem Zweck dienen, von den zuständigen öffentlichen Verwaltungsbehörden ihrem Privateigentümer und dem Unterhaltspflichtigen diesem öffentlichen Zweck gewidmet sind. Ihrer Natur nach sind Sachen im Gemeingebrauch die Luft, das Meer, die fließende Welle großer Ströme, der Meeresstrand usw. Sie können von jedermann benutzt werden. Sachen, die zum Gemeingebrauch von öffentlichen Behörden bereitgestellt sind, sind ferner z. B. die öffentlichen Straßen und Plätze, öffentliche Parks, Kais, eine öffentliche Uhr, öffentliche Denkmäler usw.

Eine nicht ihrer Natur nach allen zur unmittelbaren Nutzung bereitstehende Sache wird Sache im Gemeingebrauch durch Widmung. Diese Widmung ist ein zusammengesetzter Akt, ein Gesamtakt. Er besteht in der Regel aus einer Willenserklärung der zuständigen Polizeibehörde, des Eigentümers der Sache und des Unterhaltspflichtigen. Diese Willenserklärungen gehen dahin, die Sache dem Gemeingebrauch zu widmen, d. h. zu bestimmen: Diese Sache soll nunmehr dem öffentlichen Interesse in der Weise dienen, daß sie von jedermann in Ausübung seiner persönlichen Freiheit ohne Zutun der öffentlichen Verwaltungsbehörde ihrem Wesen entsprechend benutzt werden darf. Die Widmung ist eine öffentliche Zweckbestimmung und zugleich eine Unterstellung der Sache unter das öffentliche Recht, soweit sie eben dem Gemeingebrauch dient.

Wenn nun festgestellt werden soll, ob ein Gegenstand, der von den Untertanen in Ausübung ihrer persönlichen Freiheit unmittelbar genutzt wird, öffentlichrechtliches Unternehmen, und zwar Sache im Gemeingebrauch, ist, so erschöpft sich diese Untersuchung darin, festzustellen, ob eine Widmung der Sache vorliegt. Die bei den sonstigen kommunalen Unternehmen erforderliche Feststellung, daß die Sache geeignet ist, öffentlichrechtliche Sache zu sein, und daß sie nicht ausschließlich dem Zweck gewidmet ist, Gewinn zu erbringen, erübrigt sich, wenn festgestellt ist, daß ein Widmungs-

akt vorliegt; denn mit der Feststellung, daß eine Widmung erfolgt ist, ist gleichzeitig festgestellt, daß die Sache in der Hauptsache, in der Regel, allein dem öffentlichen Zweck dient. Und dazu, öffentlichrechtliche Unternehmen zu sein, sind Sachen, die jedermanns Nutzen unmittelbar zu dienen bestimmt sind, sicher geeignet.

Festzustellen, ob im Einzelfall eine Widmung eines Gegenstandes zur Sache im Gemeingebrauch stattgefunden hat, ist mitunter nicht einfach. Es erübrigt sich aber für die vorliegende Betrachtung, die dafür in Frage kommenden allgemeinen Gesichtspunkte herauszuarbeiten; es steht hier nicht in Frage, ob ein bestimmter Gegenstand (der Marktplatz) dem Gemeingebrauch gewidmet ist, sondern nur, wieweit diese Sache dem Gemeingebrauch gewidmet ist. Festzustellen, wie weit der Gemeingebrauch einer Sache reicht, ist aber von Erheblichkeit. Denn nur soweit ihre öffentliche Zweckbestimmung reicht, untersteht eine Sache im Gemeingebrauch dem öffentlichen Recht[1]). Eine weitere Entziehung der Sache aus dem Privatrecht ist weder von den Widmenden gewollt noch gerechtfertigt; denn öffentliches Recht kann doch grundsätzlich nur dann und insoweit Anwendung finden, als öffentliche Aufgaben erfüllt werden; ein Gegenstand untersteht nur insoweit dem öffentlichen Recht, als seine öffentliche Zweckbestimmung reicht. Eine Nutzung, die außerhalb dieses öffentlichen Zweckes liegt, ist privatrechtlicher Natur; auch das Entgelt für eine solche Sondernutzung ist privatrechtlicher Natur, keine öffentliche Gebühr[2]). Eine Sondernutzung muß durch privatrechtlichen Vertrag mit dem Privateigentümer der Sache erworben werden. Neben diesem Vertrag muß allerdings noch eine besondere Erlaubnis der zuständigen Polizeibehörde treten[3]). Denn diese ist die Hüterin des Gemeingebrauchs; sie hat darauf zu achten, daß die Sache nicht in einer Weise

---

[1]) Dies ist die in Preußen seit Jahren herrschende Lehre. cf. OVG 48, 114/15; Hatschek S. 456; a. A. O. Mayer: er will die Sachen im Gemeingebrauch der privaten Eigentumsherrschaft gänzlich entziehen und konstruiert an ihnen so ein öffentlichrechtliches Eigentum, die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen als auf öffentlichem Recht beruhend, die Entgelte für die Sondernutzungsrechte für öffentliche Gebühren. Es ist hier nicht der Platz, diese Lehre zu widerlegen. Das würde über den Rahmen der Arbeit weit hinausgehen; im Vorübergehen kann aber eine Lehre, die O. Mayer vertritt, nicht widerlegt werden. Das Sächsische OVG vertritt ebenfalls den Standpunkt O. Mayers. cf. Pr. Verw.-Bl. 1927, S. 393.

[2]) OVG 48, 112 ff.

[3]) cf. OVG 48, 112 ff.

benutzt wird, die sie ihrem ursprünglichen öffentlichen Zweck entfremdet. (Verträge, die eine solche Benutzungsweise wollen, wären ja überhaupt auch ohne Rechtswirkung[1]). Diese Erlaubnis der Polizeibehörde erfolgt entweder in der Form der Polizeierlaubnis — und gewährt dann einen öffentlichen Besitzstand — oder in der Form der Verleihung, der Konzession — und gewährt dann ein subjektives öffentliches Recht.

Der Umfang des Gemeingebrauchs richtet sich in erster Linie nach dem bei der Widmung geäußerten öffentlichen Willen. Er ist daher nicht bei allen Sachen im Gemeingebrauch gleich und kann auch nach den örtlichen Verhältnissen verschieden sein. Es können auch ganz verschiedene Benutzungsarten eines Gegenstandes Gemeingebrauch sein. So besteht z. B. der Gemeingebrauch an einem öffentlichen Denkmal darin, daß man es betrachten, an einer öffentlichen Uhr, daß man die Zeit ablesen kann; der Gemeingebrauch an einer öffentlichen Straße besteht darin, daß man auf ihr gehen, in der Regel auch fahren, reiten, Vieh treiben darf. Er kann aber auch z. B. darin bestehen, daß — auf dem Lande oder in kleinen Städten — der Bürger des Abends ein Bänkchen vor sein Haus setzt; in ländlichen Gemeinden kann es im Rahmen des Gemeingebrauchs liegen, daß die Scheunentore auf die Straße zu geöffnet werden[2]). Läßt sich nun im Streitfall nicht erkennen, welchen Willen die Behörde bei der Widmung der Sache zum Gemeingebrauch bezüglich des Umfanges des Gemeingebrauchs hatte, oder handelt es sich um einen Gegenstand, der seiner Natur nach Sache im Gemeingebrauch ist, so richtet sich der Umfang nach dem Herkommen und dem öffentlichen Bedürfnis. Es können an einer Sache auch verschiedene Arten des Gemeingebrauches bestehen. Sollten sie einander in einem Falle einmal behindern oder ausschließen, so geht die Benutzungsart, für welche die Sache in erster Linie gewidmet wurde, den anderen Benutzungsarten vor. In Streitfällen entscheidet evtl. die Polizeibehörde, die Hüterin des Gemeingebrauchs.

Mit den öffentlichen Anstalten haben die Sachen im Gemeingebrauch gemeinsam, daß sie beide unter den gemeinsamen Oberbegriff der öffentlichrechtlichen Unternehmen als des Teiles des Finanzvermögens, das der Untertan selbst nutzen darf, fallen. Ihr Unterschied besteht darin, daß bei den öffentlichen Anstalten

---

1) Biermann, das Recht der öffentlichen Sachen, S. 10.

2) OVG 54, 261. Im Rahmen des Gemeingebrauchs am Meeresstrand liegt die Aufstellung von Strandkörben.

eine Anstaltsgewalt besteht — es ist ein besonderes Gewaltverhältnis zwischen Staat und Untertan begründet, — während ein solches Gewaltverhältnis zwischen dem Nutzer einer Sache im Gemeingebrauch und dem Staate nicht besteht. Die Ausübung des Gemeingebrauchs geschieht in Betätigung der persönlichen Freiheit. Jedermann kann Gemeingebrauch üben. Der Untertan unterliegt bei der Ausübung des Gemeingebrauchs nur den Beschränkungen, welche die allgemeine Polizeigewalt über ihn verhängt, und die Ruhe, Ordnung und Sicherheit und der Schutz der Sache im Gemeingebrauch verlangen. Einer besonderen Anstaltsgewalt untersteht er nicht; und wenn die Polizei zum Schutz der Sachen im Gemeingebrauch tätig wird, übt sie Polizeigewalt, nicht Anstaltsgewalt. — Mit dem Mangel an einer besonderen Anstaltsgewalt hängt auch zusammen, daß die Sachen im Gemeingebrauch kein persönliches Substrat haben, wie die öffentlichen Anstalten. Diese sind eine organisatorische Einheit eines Bestandes von persönlichen und sachlichen Mitteln, die einem dauernden öffentlichen Zweck zu dienen bestimmt sind; jene sind nur sachliche Mittel, Gegenstände, die einem öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind. Nun soll damit nicht gesagt sein, daß sich um die Sachen im Gemeingebrauch niemand kümmerte; das Gegenteil ist der Fall. Unter einem persönlichen Substrat im Sinne des öffentlichen Anstaltsbegriffes sind aber insbesondere die Personen zu verstehen, die den Nutzer zur Nutzung zulassen; außerdem stehen die Personen, welche zum Nutzen der Sachen im Gemeingebrauch tätig werden, nicht in einem so engen Verhältnis zu diesen, wie die Beamten einer öffentlichen Anstalt, die schon äußerlich mit dieser zu einer organisatorischen Einheit zusammengefaßt sind.

Wann ist ein Entgelt also öffentliche Gebühr?

Bei der Feststellung, ob ein konkretes an eine Kommune gezahltes Entgelt öffentliche Gebühr ist, ist also folgendermaßen zu verfahren: Zuerst wird festgestellt, ob es auf Grund eines formell ordnungsmäßig zustandegekommenen Tarifes erhoben wird. Nur solche Entgelte sind überhaupt fähig, öffentliche Gebühren zu sein. Sodann, ob es Entgelt für eine besondere, Opfer erfordende, öffentliche Staatsleistung ist. Ist es Entgelt nicht für eine *besondere* öffentliche Staatsleistung, so ist es Steuer; ist es Entgelt nicht für eine *öffentliche* Staatsleistung, so ist es privatrechtlicher Natur. Besondere Staatsleistungen sind entweder öffentliche Verwaltungstätigkeit oder die innerhalb des Rahmens ihrer

öffentlichen Zweckbestimmung gezogene Nutzung eines öffentlichrechtlichen kommunalen Unternehmens, einer Sache im Gemeingebrauch oder einer öffentlichen Anstalt. Oeffentlichrechtliche Unternehmen können nur solche Unternehmen sein, die ihrer Natur nach geeignet sind, als öffentlichrechtliche Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit öffentlicher Gewalt geführt zu werden. Diese Unternehmen sind öffentlichrechtlich, wenn sie nicht ausschließlich oder — doch deutlich erkennbar derart, daß der öffentliche Zweck nur eine unbedeutende Nebensache an ihnen ist — dem Gewinnstreben der öffentlichen Körperschaft dienen, und ihre Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlich geregelt sind. Für die nur dem öffentlichen Interesse dienenden Unternehmen besteht eine Vermutung, daß sie öffentlichrechtlich sind. Ist festgestellt, daß die Widmung einer Sache zum Gemeingebrauch erfolgt ist, so ist damit auch festgestellt, daß der Gegenstand geeignet ist, öffentlichrechtliches Unternehmen zu sein und nicht dem Gewinnzweck ganz oder in aller Hauptsache dient. Das Entgelt für die Nutzung dieser öffentlichrechtlichen Unternehmen ist öffentliche Gebühr, jedoch nur dann, wenn die Nutzung, die mit dem Entgelt bezahlt wird, im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung des Unternehmens liegt.

IV.
Besonderer Teil.

Der ordentliche Markt- und Meßverkehr — im Gegensatz zu den Spezialmärkten des § 69 GewO — darf nach dem Wortlaut des § 68 GewO nur mit den in den Rahmen dieser Bestimmung fallenden Abgaben belastet werden, § 68 a. a. O. bestimmt nämlich: „Der Marktverkehr darf in keinem Falle mit anderen als solchen Abgaben belastet werden, welche eine Vergütung für den überlassenen Raum und den Gebrauch von Buden und Gerätschaften bilden. In den Bestimmungen darüber, ob und in welchem Umfang Abgaben dieser Art erhoben werden dürfen, wird durch gegenwärtiges Gesetz nichts geändert. Ein Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden bezüglich der Zahlung der Abgaben darf nicht stattfinden. — Bei Messen dürfen jedoch Beiträge für die im Interesse der Beteiligten geleistete Werbe- und Verwaltungstätigkeit gefordert werden. Die Art und Höhe der Beiträge und ihre Einziehung bestimmt mit Genehmigung der Landesregierung die öffentlichrechtliche Person, die Trägerin der Messe ist“.

Eine Ermächtigung der einzelnen Marktbehörden zur Einführung von Marktabgaben enthält § 68 GewO nicht. Er enthält

nur eine Beschränkung der sonst in Marktsachen allmächtigen Landesgesetzgebung. Ob überhaupt, und welche Abgaben vom Marktverkehr erhoben werden dürfen, richtet sich nach Landesrecht und allgemeinen Grundsätzen; freilich müssen diese Abgaben in den Rahmen des § 68 passen, sonst ist ihre Erhebung unzulässig.

In Preußen erging nun das Gesetz vom 24. 4. 72 (Ges.-S. S. 513)[1]), dessen Bestimmungen durch § 11 I KAG[2]) und § 130 Zuständigkeitsgesetz[3]) berichtigt und ergänzt sind. In § 6 KAG ist ferner angeordnet, daß die Kommunen und andere kommunale Körperschaften zur Erhebung von Gebühren für die ordnungs- und gewerbepolizeiliche Beaufsichtigung der Märkte berechtigt seien. — Danach steht die Rechtsnatur folgender Abgaben also in Frage:

1. Der Entgelte für den bei Märkten auf öffentlichen Straßen und Plätzen überlassenen Raum, des Marktstandsgeldes,
2. der Entgelte für die Nutzung von Buden und Gerätschaften,
3. der Abgaben nach § 68 II GewO,

---

[1]) § 1. Für den Gebrauch öffentlicher Plätze und Straßen zum Feilbieten von Waren auf Messen oder Märkten darf eine Abgabe (Marktstandgeld) nur unter Zustimmung der Gemeinde und Genehmigung der Bezirksregierung nach Maßgabe dieses Gesetzes eingeführt und, wo sie besteht, erhöht werden.

§ 2. Die Höhe der Marktstandgelder ist nur nach der Größe des vom Feilbietenden zum Marktstand gebrauchten Raumes und nach der Dauer des Feilbietens zu bestimmen. Sie darf den Satz von zwei Silbergroschen für den Quadratmeter und den Tag des Feilbietens nicht übersteigen.

Wie diese Vorschrift auf Gegenstände, die weder auf Tischen noch in Buden, Kisten, Fässern, Körben, Haufen feilgeboten werden anzuwenden und in welcher Weise das Marktstandgeld für Gegenstände, welche bei geringem Werte einen großen Raum einnehmen, verhältnismäßig geringer festzusetzen ist, kann in dem betreffenden Tarife mit Genehmigung der Bezirksregierung besonders bestimmt werden.

In gleicher Weise ist unter Anwendung der Vorschriften des 1. Absatzes auf Bruchteile der Quadratmeter Bestimmung zu treffen.

§ 3. Unter dem Marktstandsgeld (§ 1 und § 2) ist die Miete für Buden, Zelte, Tische, Unterlagen, Stangen und sonstigen Vorrichtungen, welche den Verkäufern zum Gebrauch überlassen werden, nicht begriffen.

Es steht jedem frei, ob er sich ihm selbst zugehöriger Vorrichtungen bedienen oder solche von anderen entnehmen will.

§ 4. Die Tarife zur Erhebung der Marktstandsgelder müssen während der Meß- und Marktzeit zu jedermanns Einsicht auf den zum Feilhalten bestimmten Plätzen und Straßen aufgestellt sein und es dürfen außer den darin bestimmten Abgaben keine anderen erhoben werden.

Die Erhebung darf nur auf der Verkaufsstelle, nicht aber schon beim Eingang in den Marktort stattfinden.

§ 5. Wo es für notwendig erachtet, können die Marktstandsgelder, sowohl die schon bestehenden wie infolge des Gesetzes neueingeführten nach

4. der Entgelte für die polizeiliche Beaufsichtigung der Märkte gemäß § 6 KAG.

Ferner steht noch in Frage die Rechtsnatur der Entgelte für überlassenen Raum bei Märkten, die nicht auf öffentlichen Straßen und Plätzen stattfinden (daß es solche öffentliche Märkte gibt und daß bei ihnen Entgelte für den überlassenen Raum nach allgemeinen Grundsätzen verlangt werden können, wird im Zusammenhang dargelegt werden).

Die Schlüsse aus § 68 GewO für das Thema

Ein formaler Hinweis auf die Rechtsnatur der nach § 68 GewO in Frage stehenden Leistungen ist in den angeführten Bestimmungen nicht enthalten. Sie sind zwar in § 68 als Abgaben bezeichnet; damit ist aber nicht ausgesprochen, daß sie öffentlich-rechtliche Abgaben, Steuern, Gebühren oder Beiträge sind. Denn nach dem Sprachgebrauch zur Zeit der Schaffung der Gewerbe-

---

der Anhörung der Gemeinde von der Bezirksregierung den §§ 2 bis 4 entsprechend ermäßigt und anderweit reguliert werden.

Beruht aber das Hebungsrecht auf einem besonderen Rechtstitel und widerstrebt der Berechtigte, so bleibt die Ermäßigung oder anderweite Regulierung den Ministern des Handels und der Finanzen vorbehalten. In diesen Fällen ist für den dem Berechtigten erwachsenden Ausfall Entschädigung zu gewähren, insofern nicht die Berechtigung dem Fiskus oder einer Gemeinde innerhalb des Gemeindebezirkes zusteht.

Bevorzugungen, welche bei Errichtung von Marktstandsgeldern stattfinden, können aufgehoben werden, insofern sie nicht auf besonderem Rechtstitel beruhen.

§ 6. Wer Marktstandsgeld erhebt oder erheben läßt, von welchen er weiß, daß es gar nicht oder nur zu geringerem Betrage zu entrichten ist, hat für jeden Uebertretungsfall eine Geldstrafe bis zu je 50 Talern oder im Unvermögensfalle verhältnismäßige Haft verwirkt.

§ 7. Alle den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehenden allgemeinenn und besonderen Bestimmungen insbesondere der Verordnung über Marktstandsgeld vom 4. 10. 1847 (Ges. S. S. 395) werden hierdurch anßer Kraft gesetzt.

Ueber die Ausführung dieses Gesetzes haben die Minister des Handels und der Finanzen nähere Bestimmungen zu treffen. (Anm. Was geschehen ist in dem Zirkular enthaltend die Anweisung zur Ausführung des Gesetzes vom 26. 4. 1872 Justizministerialblatt 1872 S. 185).

[2]) § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 3 d. Gesetzes betr. die Erhebung von Marktstandsgeld vom 26. 4. 1872 (Ges. S. S. 513) werden gestrichen.

[3]) Der Bezirksausschuß beschließt über die Einführung neuer, sowie über die Erhöhung oder Ermäßigung oder anderweitige Regulierung bestehender Marktstandsgelder (Ges. vom 26. 4. 1872 betr. die Erhebung von Marktstandsgeld GS. S. 513)

Bei der Bestimmung des § 5 II v. 26. 4. 1872 behält es sein Bewenden.

ordnung und ihres § 68, der überdies wörtlich aus der preußischen Gewerbeordnung (§ 78 a. a. O) übernommen ist, verstand man unter dem Wort „Abgaben" auch privatrechtliche Abgaben auf guts-, grund-, schutzherrlichem Fundament. — Nun ist vom Obertribunal in Striethorst 25,16, vom Reichsgericht im Justizministerialblatt 1882, S. 209 und neuerdings von Hahn für die Marktstandsgelder aus der Bestimmung, daß sie Entgelte für überlassenen Raum sind, der Schluß gezogen: „also" sind sie Mietszins. Eine solche Folgerung ergibt sich aus dem angeführten Wortlaut aber nicht. Wohl ist mit den Worten des Obersatzes festgelegt, daß die Marktstandsgelder, wie noch dargelegt wird, keine Steuern sein können, nicht aber, daß sie auch kein Mietszins sind; denn sie können ebensogut öffentliche Benutzungsgebühr sein. Entgelte für überlassenen Raum können nämlich sehr wohl öffentliche Benutzungsgebühren sein; entschieden ist das z. B. bezüglich der Entgelte für die Ueberlassung von Grabstellen auf öffentlichen Friedhöfen[1]). Daß die öffentliche Leistung für die Marktstandsgelder einen Vermögenswert hat, ist ebenfalls kein Argument dafür, daß diese privatrechtliche Natur hätten.

Dagegen ergibt sich aus dem Wortlaut des § 68 — wenn auch nicht ausdrücklich, so doch in Anwendung allgemeiner Grnndsätze — daß die Abgaben, die vom Marktgast erhoben werden, Steuern nicht sein können. Sie müssen sämtlich Entgelt für eine bestimmte, materielle, vermögenswerte Leistung, welche die öffentliche Körperschaft der Marktgäste wegen Opfer kostet, sein.

Die Marktstandsgelder und die sonstigen Abgaben für überlassenen Raum sind Entgelt für den vom Marktgast auf der Marktstätte benötigten Platz; sie werden also für die Gebrauchsüberlassung eines realen Gegenstandes gezahlt. Diese Gebrauchsüberlassung ist als eine besondere Leistung des Staates an den Untertan anzusehen. Sie liegt außerhalb des Rahmens der allgemeinen Staatsleistungen, für die der Untertan die Steuern zahlt; denn § 68 stellt sie und die für sie gezahlten Abgaben dergestalt einander gegenüber, daß beide sich bedingen und eine Leistung als der wirtschaftliche Gegenwert der anderen anzusehen ist. Diese Abgaben können daher nur Mietszins oder Benutzungsgebühren sein, niemals Steuern. Steuern wären sie, wenn sie für die Erlaubnis, sich am Marktverkehr zu beteiligen, oder wegen dieser Beteiligung gezahlt würden. Das ist aber nicht der Fall. Man muß nach

[1]) cf. OVG 18, 23 ff., OVG 17, 210 ff., 20, 52, OVG 64, 238, 242.

§ 68 GewO sehr wohl zwischen Markt und Marktplatz unterscheiden. Der Markt ist eine obrigkeitliche gewerbepolizeiliche Veranstaltung, eine mit besonderen Vorrechten steuerlicher wie gewerbepolizeilicher Art ausgestattete Versammlung von Verkäufern und Käufern. An dieser Versammlung kann sich jeder in Betätigung seiner persönlichen Freiheit beteiligen, frei, und ohne daß er mit Abgaben deshalb behelligt würde. Dagegen soll der Untertan, der die für die Versammlung von Käufern und Verkäufern zur Verfügung gestellte Marktstätte in seinem besonderen Gewerbeinteresse dergestalt benutzt, daß er auf ihr seine Waren aufbaut, etwas bezahlen. Wer keinen Raum auf der Marktstätte benutzt, mit seinen Waren hin und her geht, braucht auch nichts an den Eigentümer der Marktstätte zu bezahlen. — Nur die Ueberlassung eines Teiles der Marktstätte ist also die Gegenleistung für die Marktstandsgelder und sonstigen Abgaben für überlassenen Raum nach § 68. Die Erlaubnis der Beteiligung am Marktverkehr und ebenso auch die Nutzung von Markt und Marktplatz als einer einheitlichen, obrigkeitlichen Veranstaltung, einer organisatorischen Einheit ist nicht die Gegenleistung für diese Abgaben. Darum muß auch, wenn nachher festgestellt werden soll, ob das Marktstandsgeld usw. Gegenleistung für die bestimmungsgemäß gezogene Nutzung eines öffentlichrechtlichen Unternehmens ist, festgestellt werden, ob der Marktplatz oder die sonstige Marktstätte ein öffentlichrechtliches Unternehmen ist, und ob der Gebrauch dieses Gegenstandes zu Marktzwecken sein bestimmungsgemäßer Gebrauch ist. Der Umstand, daß der Markt eine öffentliche Veranstaltung ist, muß bei der Prüfung der Frage, ob die Marktstandsgelder usw. öffentliche Gebühren sind, außer Betracht bleiben; denn für den öffentlichen Markt werden diese Abgaben nicht bezahlt.

Dagegen, daß die Marktstandsgelder und — was vorweggenommen werden mag — auch sämtliche anderen Abgaben nach § 68 GewO Entgelt für eine spezielle materielle Gegenleistung sind und nicht für die Erlaubnis, am Marktverkehr teilzunehmen, gezahlt werden, spricht nicht, daß § 68 GewO alle diese Abgaben als Abgaben vom „Marktverkehr" bezeichnet. Heißt es doch im § 68 a.a.O: Der „Marktverkehr" darf nicht mit anderen Abgaben belastet werden usw. Das Wort Marktverkehr in § 68 ist aber mehr eine bloß zusammenfassende Bezeichnung der Objekte, die bei den öffentlichen Märkten von der Landesgesetzgebung mit Abgaben belastet und derer, die nicht damit belastet werden dürfen, als ein Hinweis darauf, daß hier eine Verkehrsabgabe in Frage

steht. Zudem belastet jede Abgabe, die dem Marktgast abverlangt wird, wirtschaftlich betrachtet, schließlich doch den Marktverkehr, mag sie auch juristisch als Entgelt für spezielle besondere Gegenleistung konstruiert sein. Sie hat wirtschaftlich etwa denselben Effekt wie eine den Handelsverkehr belastende Umsatzsteuer. Juristisch sollen die Abgaben nach § 68 aber keine Verkehrsabgaben, Marktzölle sein. Denn sonst wären sie nicht als Entgelte für überlassenen Raum und den Gebrauch von Buden und Gerätschaften bezeichnet. Zudem lehrt dies die geschichtliche Entwicklung. — Bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts wurden nämlich vom Marktgast Abgaben für die Erlaubnis, am Marktverkehr teilzunehmen, erhoben, die sogenannten Marktzölle. Sie sind ihrer juristischen Struktur nach als Verkehrsabgabe, indirekte Steuer anzusprechen. Es war damals ja die Zeit, in der Verkehrsabgaben in der mannigfachsten Form vorkamen. Ihrer Eigenschaft als Verkehrszölle entsprechend wurden die Marktzölle beim Eintritt in das Stadtgebiet vom Marktgast erhoben. Mit dem Aufkommen liberaler und Freihandelsideen empfand man alle diese Verkehrsabgaben — die sogenannten Binnenzölle — als eine lästige Behinderung des Verkehrs und schaffte sie ab, die Marktzölle durch §§ 19 ff des Gesetzes vom 31. 1. 1838 und § 17 ff des Gesetzes vom 2. 5. 1818[1]). Hernach sah man aber ein, daß der Marktgast, der den öffentlichen Marktplatz bei Märkten benutzt, um dort seine Waren aufzubauen, doch vor den anderen Untertanen einen besonderen wirtschafttichen Vorteil voraus hat, da diese den Marktplatz nicht in ihrem Gewerbeinteresse benutzen. Man hielt es für billig, daß der Marktgast für diese sichtbaren realen Vorteile, die ihm von der öffentlichen Hand zukommen, etwas zahlt und erlaubte in der Pr. Gewerbeordnung von 1845 (§ 77), worin man gleichzeitig die alten Marktzölle endgültig verbot, die Entgelte für den auf der Marktstätte überlassenen Raum zu erheben. Unsere Gewerbeordnung hat diese Regelung übernommen. Steuern sollen die Entgelte für überlassenen Raum gemäß § 68 a. a. O. also nicht sein.

Auch die Entgelte für die Gebrauchsüberlassung von Buden und Gerätschaften können keine Steuern sein und zwar aus denselben Gründen wie die Entgelte für den überlassenen Raum.

Die besonderen Entgelte, welche von den Messebesuchern gemäß § 68 II GewO erhoben werden, sind ebenfalls keine indirekten

---

1) cf. OVG 46, S. 274

Steuern. Sie werden ausdrücklich als Entgelt für besondere Staatstätigkeit, nämlich die kostspielige Verwaltungstätigkeit und zum Zwecke der Messen zugelassen; sie sollen den besonderen Vorteil, den der Untertan durch den Besuch der Messe hat, und die besonderen Opfer, welche der Staat der Messebesucher wegen bringt, ausgleichen. Sie sind, da sie für besondere Tätigkeit der Staatsorgane gezahlt werden, — sofern ein Spezialgesetz sie nicht anders qualifiziert — Verwaltungsgebühren. Daß sie in § 68 II als Beiträge bezeichnet werden, soll kein Hinweis darauf sein, daß sie Beiträge im technischen Sinn sind wie dieses Wort in § 9 KAG gebraucht wird.

Die Entgelte nach § 6 KAG endlich für die polizeiliche Beaufsichtigung der Märkte sind wie der Wortlaut des § 6 a. a. O ergibt, Verwaltungsgebühren. Ihre Erhebung ist indessen bei den ordentlichen Märkten der §§ 68 Abs. 1 nicht erlaubt, weil sie weder Entgelt für überlassenen Raum noch für Buden und Gerätschaften sind, andere Abgaben als solche dem Marktgast auf ordentlichen Märkten aber nicht abverlangt werden dürfen. Ihrer Natur nach entsprechen sie den Gebühren, welche nach § 68 Abs. 2 für die Beaufsichtigung der Messen verlangt werden dürfen. Bei Spezialmärkten nach § 69 GewO sowie bei Privatmärkten ist ihre Erhebung aber zulässig[1]).

Nachdem die Rechtsnatur der Entgelte nach § 68 II festgestellt und auf die Unzulässigkeit der Erhebung von Abgaben nach § 6 KAG bei ordentlichen Märkten hingewiesen ist, bleibt für die weitere Betrachtung nur noch übrig, die Rechtsnatur der Entgelte für überlassenen Raum und die Ueberlassung von Buden und Gerätschaften festzustellen. Bezüglich dieser steht nach dem vorigen nur noch in Frage, ob und wann sie Benutzungsgebühren, ob und wann sie privatrechtlicher Mietzins sind.

Die Marktstandsgelder

Bei den zuerst zu betrachtenden Abgaben für überlassenen Raum steht in erster Linie die Rechtsnatur der Marktstandsgelder — das sind die Entgelte für überlassenen Raum bei Märkten auf öffentlichen Straßen und Plätzen — in Frage. Formelle Hinweise dafür, ob sie Mietszins oder Benutzungsgebühr sind, sind in den gesetzlichen Bestimmungen nicht enthalten (s. o. S. 45). In den einzelnen gemäß § 1 des Gesetzes von 1872, § 6 Ziff. 5 des Gesetzes

[1]) cf. **OVG Pr. Verw. Bl. Bd.** 28, 892; **Moll** S. 218; **Landmann** 1911 **zu** § 68.

vom 11. 3. 1850 (Ges. S. S. 256), § 130 ZG festgesetzten Tarifen können Hinweise auf die Gebührennatur [1]) der Marktstandsgelder allerdings mitunter vorhanden sein. Nach dergleichen Hinweisen im einzelnen zu forschen, ist indessen nicht erforderlich, da die Marktstandsgelder durchweg öffentliche Gebühren sind. Dies ergibt sich aus der Rechtsnatur der Gegenleistung, für die sie hingegeben werden. Sie werden nämlich hingegeben für die bestimmungsgemäße Nutzung einer Sache im Gemeingebrauch. Da sie auf Grund eines Tarifes erhoben werden müssen, für sie der Rechtsweg nicht vorgeschrieben und Merkmale, die auf eine privatrechtliche Natur hindeuten könnten, nicht vorhanden sind, so könnten sie übrigens auch sehr wohl öffentliche Gebühren sein.

Die Marktplätze und öffentlichen Straßen, für deren Nutzung die Marktstandsgelder gezahlt werden, sind nämlich öffentlich-rechtliche Unternehmen, öffentliche Veranstaltungen im Sinne des § 4 KAG, und zwar Sachen im Gemeingebrauch. Bezüglich der öffentlichen Straßen steht dies ohne Zweifel; bei den Marktplätzen könnte nur zweifelhalft sein, ob sie nicht vielleicht öffentliche Anstalten und nicht Sachen im Gemeingebrauch sind. Indessen, wenn sie auch in erster Linie dem öffentlichen Markt dienen (s. u. S. 51 f) und bei dieser Nutzung mitunter zwischen Nutzungswillen und Nutzungsakt noch eine Standanweisung durch die Polizeibeamten tritt, sind sie m. E. keine öffentlichen Anstalten. Diese Standanweisung wird besser nicht als Betätigung einer öffentlichen Anstaltsgewalt, sondern als eine Regelung des Gemeingebrauchs durch die Polizeigewalt anzusprechen sein. In kleineren Städten mit größerem Raum erfolgt sie relativ selten. Auch ist der Marktverkehr nur eine besondere Art des öffentlichen Verkehrs überhaupt am nächsten vielleicht dem Fußgängerverkehr vergleichbar; Sachen, die solchem Verkehr gewidmet sind, sind aber in der Regel besser als Sachen im Gemeingebrauch als als öffentliche Anstalten anzusprechen.

Die Nutzung der öffentlichen Straßen und Plätze zu Marktzwecken liegt ferner im Rahmen ihrer öffentlichen Zweckbestimmung, ist Gemeingebrauch; der Marktgast, der seine Waren auf dem Markt ausbreitet, übt kein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache, sondern Gemeingebrauch.

Bezüglich der in den Städten von altersher als Marktplätze benutzten öffentlichen Plätze, der Marktplätze (in schlesischen Städten

[1]) daß irgend wo bestimmt wäre, die Marktstandsgelder sollten privatrechtlich sein, ist nicht anzunehmen. Solch eine Bestimmung wäre allerdings zu respektieren. Insoweit mußte das Folgende eingeschränkt werden.

des Ringes) müßte unzweifelhaft sein, daß ihr oberster Zweck der ist, den Marktverkehr aufzunehmen und allen sonstigen Bedürfnissen zu dienen, die dieser unmittelbar mit sich bringt. Dazu wurden sie in erster Linie geschaffen. Erst in zweiter Linie wurden sie dem Zweck gewidmet, als öffentliche Straßen zu dienen. Denn im Mittelalter, als die meisten Städte gegründet, die Marktplätze abgesteckt und ihnen ihre Zweckbestimmung gegeben wurde, hatte der Marktverkehr eine zentrale Bedeutung für das Handels- und Wirtschaftsleben der ganzen Stadt. Der gesamte Handelsverkehr war auf die verschiedenen Märkte konzentriert. Von deren Abhaltung hing der Absatz der städtischen Produkte und der Wohlstand der ganzen Stadt ab. Fremde Kaufleute durften in manchen Städten ihre Waren überhaupt nur auf den Mäkten und zur Marktzeit feilbieten[1]). Alle einheimischen Gewerbetreibenden, Bäcker, Fleischer, Kürschner, Schuhmacher hatten ihre Bänke und Stände auf den Märkten. Die Lebensmittelversorgung war auf die Wochenmärkte konzentriert. Der Besitz des Meß- und Marktrechtes war infolgedessen ein Essentiale des Stadtbegriffes. Seine Erteilung war ursprünglich kaiserliches Reservatrecht[2]). Bei dieser enormen Bedeutung, die der Markt hatte, war es eine der obersten öffentlichen Aufgaben der mittelalterlichen Stadtbehörden, geräumige Plätze für ihn zur Verfügung zu stellen. Und schon bei der Gründung einer jeden Stadt wurden ein oder mehrere[3]), zumeist den Ausmaßen der mittelalterlichen Stadt gegenüber — wo jeder Zoll Boden gespart wurde, da die ganze Stadt mit Mauern umgeben und in Kriegsfällen verteidigt werden mußte — unglaublich große Plätze für den öffentlichen Marktverkehr bereitgestellt, die öffentlichen Marktplätze. Diese sind also in erster Linie für den öffentlichen Marktverkehr geschaffen. Sie sind von den zuständigen Behörden dem Marktverkehr g e w i d m e t worden. Die im Rahmen dieser Zweckbestimmung liegende Nutzung kann also keine S o n d e r - nutzung sein; sie ist Gemeingebrauch.

Daß die öffentlichen Marktplätze in erster Linie dem Zweck dienen, den öffentlichen Marktverkehr aufzunehmen und nicht dem Zweck, öffentliche Straße zu sein, ergibt sich auch aus mehr formaljuristischen Gründen. — Die öffentlichen Straßen unterstehen der

---

1) Morgenroth im Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, S. 328 r. (Artikel: Markt).

2) Oppenhof, S. 47 Anm. 109: Mooser, Teutsches Staatsrecht, Teil V, S. 302; ALR 103, II, 8.

3) z. B. in Breslau

Wegepolizeibehörde; diese kann eine Benutzung der Straße, welche dieselbe dem allgemeinen Verkehr entzieht, untersagen; insbesondere darf sie Nutzungsrechte, durch deren Ausübung die Straße dem öffentlichen Straßenverkehr entzogen wird, nicht erteilen, da sie Hüterin des Gemeingebrauchs ist. Der Marktverkehr behindert nun oft in hohem Maße den öffentlichen Straßenverkehr auf den öffentlichen Plätzen und Straßen[1]); in kleineren Städten ist an Markttagen mitunter kein Durchkommen. Wäre der Marktverkehr nun eine nicht im Rahmen des öffentlichen Zweckes der Straßen und Plätze liegende Benutzungsart derselben, so könnte die Polizei ihn verbieten; Marktstände dürfte sie nicht zuteilen. Daß sie den öffentlichen Marktverkehr nicht untersagen kann[2]), beweist am besten, daß dieser eine im Rahmen der Zweckbestimmung der Marktplätze liegende Benutzungsart derselben ist. — Der Annahme, der Marktgast übe ein Sondernutzungsrecht am öffentlichen Verkehrsraum, steht weiter entgegen, daß solche Sondernutzungsrechte auch durch privatrechtlichen Vertrag mit dem Eigentümer des Platzes erworben werden müssen. Wann schließt die Kommune aber mit dem Marktgast einen solchen Vertrag ab? Schließt ihn der Marktpolizist als privatrechtlicher Vertreter der Kommune mit dem Marktgast, oder soll eine stillschweigende Offerte zum Vertragsschluß seitens der Kommune in der Bereitstellung des Platzes gesehen werden, den der Marktgast ebenso stillschweigend annimmt, indem er seine Waren auf dem Platz ausbreitet? — beides gezwungene Konstruktionen. Der Annahme eines Vertrages steht ferner im Wege, daß keine Partei, weder Marktgast noch Kommune, frei ist, diesen angeblichen Vertrag abzuschließen. Die Kommune darf niemandem die Nutzung des Marktplatzes zu Marktzwecken verwehren, und zwar nicht, weil sie durch Rechtsgeschäft sich dazu verpflichtet hätte, sondern unmittelbar auf Grund des § 64 GewO. Ebenso hat der Marktgast in aller Regel, wenn er seine Waren unter dem Schutz der Marktprivilegien verkaufen, sich an der öffentlichen Veranstaltung „Markt" beteiligen will, nur die Möglichkeit, den Platz der Kommune zu benutzen. Es besteht also auf der einen Seite Zulassungs-, auf der anderen Seite Benutzungszwang. Es besteht also keine Vertragsfreiheit. Dies deutet dahin, daß der Marktgast keinen privatrechtlichen Vertrag mit der Stadt abschließt, sondern, daß ein öffentlichrechtliches Nutzungsverhältnis in Frage steht, nämlich die Ausübung des Gemeingebrauchs.

[1]) cf. OVG 46 S. 274 Anm.
[2]) cf. OVG 22, 235.

Die Benutzung der von alters her zu Marktzwecken hergestellten öffentlichen Plätze, der Marktplätze, durch den Marktgast ist also Gemeingebrauch. Gemeingebrauch ist aber auch, was fernerhin festzustellen ist, die Benutzung aller durch die Marktordnungen zur Verfügung gestellten öffentlichen Plätze und Straßen überhaupt. Dies ergibt sich zunächst einmal aus den angeführten formal-juristischen Gründen, die bei den öffentlichen Straßen, die nicht von vornherein gerade für den Marktverkehr geschaffen sind, ebenso wie bei öffentlichen Marktplätzen gelten. Und ferner sollten doch diese Straßen in Beziehung auf den Marktverkehr nicht anders behandelt werden als die ursprünglichen Marktplätze. Das Recht derselben muß auch auf diese Straßen ausgedehnt sein.

In jedem Falle sind die Marktstandsgelder also öffentliche Benutzungsgebühren. Sie sind, was weiter noch festzustellen ist, auch „kommunale" öffentliche Benutzungsgebühren; d. h. es findet, soweit das Gesetz über Marktstandsgeld nichts besonderes bestimmt, das Kommunalabgabengesetz auf sie Anwendung[1]). Dies ergibt sich einmal daraus, daß das Kommunalabgabengesetz das Gesetz über Marktstandsgeld aufrecht erhält[2]) bis auf § 2 Satz 1 und 2 und Absatz 3. Wäre der Gesetzgeber nun der Ansicht gewesen, daß das Marktstandsgeld keine Kommunalabgabe sei, so hätte er es im Kommunalabgabengesetz überhaupt nicht erwähnt. Zudem ist der Marktplatz eine öffentliche kommunale Veranstaltung nach § 4 KAG und das Entgelt für seine Nutzung müßte schon aus diesem allgemeinen Grunde Kommunalabgabe sein. Und endlich zeichnet die Kommunalabgaben überhaupt vor anderen Abgaben doch nur grundsätzlich das aus, daß sie von Kommunen erhoben werden.[3])

Was ferner die Marktstandsgelder anbetrifft, die von Privaten auf Grund einer ihnen von altersher verliehenen Marktgerechtigkeit erhoben werden[4]), so sind sie wie alle derartigen Abgaben,

---

[1]) z. B. auch § 69; siehe auch Matthias, Die städt. Selbstverwaltung in Preußen, 2. Aufl.

[2]) cf. dazu auch Drucksachen Pr. Landtag, 1921, 1. Session, Begründung zu § 11 KAG sowie Worte des Berichterstatters von Eigner im Sitzungsprotokoll Sitzung 39 S. 2567.

[3]) Friedrichs, Kommentar 3 VAG Einleitende Bemerkung S. V Anm. 2.

[4]) Es gibt solche cf. § 65 GewO § 4 Abs. 2 des Gesetzes über Marktstandsgeld; Landmann 1911, § 2 zu § 65 a. a. O.; Ober. Trib. in Strietshorst 25, 162; OVG vom 13. 1. 05 Bd. 46, 272.

wie die auf guts=schutz=stadtherrlichem Fundament privatrechtlicher Natur[1]).

Nun ist es weiter möglich, daß öffentliche Märkte auch auf anderen Plätzen als öffentlichen Plätzen und Straßen abgehalten werden, nämlich auf Plätzen und in Hallen, die privaten Eigentümern gehören, im Privateigentum z. B. einer Kommune stehen. Und in Verfolg allgemeiner Grundsätze kann für den auf ihnen dem Marktgast überlassenen Raum ein Entgelt erhoben werden. § 68 verbietet es nicht, diese privaten Plätze an die Marktgäste zu vermieten oder sie zu öffentlichen Anstalten zu machen und für ihre Nutzung öffentliche Gebühren zu erheben, wie noch im folgenden auseinandergesetzt werden soll.

Daß der öffentliche Markt auch auf privaten Plätzen stattfinden kann, ist seit der Entscheidung OVG 15, 366 unbestritten, mit Recht. In der Gewerbeordnung ist hinsichtlich der Plätze, auf denen der öffentliche Markt stattfinden soll, nur das gesagt, daß sie von der Ortspolizeibehörde im Einverständnis mit der Gemeindebehörde festgesetzt werden. Einschränkende Vorschriften dahin, daß von diesen Behörden zu Marktplätzen nur öffentliche Plätze bestimmt werden können, enthält die Gewerbeordnung nicht. Auch aus der Natur der Sache folgen solche Beschränkungen nicht. Der Markt, wie gesagt, eine obrigkeitlich veranstaltete Versammlung von Verkäufern und Käufern mit besonderen gewerbepolizeilichen und steuerlichen Vorrechten, kann von der Obrigkeit schließlich doch an jedem beliebigen Platz abgehalten werden. Es gehört nicht zum Begriff des öffentlichen Marktes, daß er auf einem öffentlichen Platz abgehalten wird. — Freilich muß von der Obrigkeit Vorsorge getroffen sein, daß sich an dem von ihr gewählten Ort ein Marktverkehr nach den Vorschriften der §§ 64 ff GewO entwickeln kann. Ist dies nicht geschehen, so kann diese Veranstaltung nicht als öffentlicher Markt nach § 64 ff GewO angesprochen werden, nur als Privatmarkt, als eine Versammlung von Verkäufern und Käufern ohne die besonderen, den öffentlichen Märkten eigentümlichen steuerlichen und gewerbepolizeilichen Vorrechte. So muß die Obrigkeit vor allen Dingen Vorsorge treffen, daß jedermann an dem öffentlichen Markt teilnehmen kann, und

[1]) Diese Abgaben sind auch immer als privatrechtliche Abgaben angesehen worden.

zwar unter den gleichen Bedingungen wie jeder andere; jeder muß auch auf dem fraglichen Marktplatz zu den gleichen Bedingungen wie die anderen einen Marktstand erlangen können; Vorsorge muß auch dafür getroffen sein, daß den Marktgästen nur ein Entgelt für den ihnen überlassenen Raum sowie den Gebrauch von Buden und Gerätschaften abverlangt wird. Zur Einhaltung aller dieser Beschränkungen kann sich aber auch der private Eigentümer, auf dessen Platz der öffentliche Markt stattfinden soll, der Ortspolizeibehörde und der Gemeindebehörde rechtswirksam verpflichten, er kann sich allen den Beschränkungen, die der öffentliche Marktverkehr bedingt, in Bezug auf seinen Platz unterwerfen. Der Akt, durch den die Marktbehörden auf einen solchen Platz den öffentlichen Markt verlegen, ist ein sogenannter Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Er hat m. E. auch die Rechtsnatur der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens, einer Konzession. Verliehen ist — nicht wie in früheren Zeiten das Marktrecht, die Erlaubnis, den öffentlichen Markt abzuhalten, sondern — die Erlaubnis einen Marktplatz für den öffentlichen Markt zur Verfügung zu stellen und einen Nutzen davon zu haben. Eine öffentliche Konzession ist dies deshalb, weil es sonst öffentliche Aufgabe des Staates ist, selbst die Plätze für den öffentlichen Marktverkehr zur Verfügung zu stellen und einen Preis dafür zu erheben. Wenn er einen Privatmann dies tun läßt, so läßt der Staat durch ihn öffentliche Aufgaben ausführen; er übergibt ihm eine öffentliche Obliegenheit zur Ausführung und zur Nutzung. — Zum öffentlichrechtlichen Unternehmen, zu einer öffentlichen Veranstaltung im Sinne des § 4 wird ein solcher Platz deshalb, weil auf ihm der öffentliche Markt abgehalten wird, nicht, auch wenn eine Kommune ihn stellen sollte, denn das ist garnicht beabsichtigt. Es sollen dem Privaten vielmehr alle Rechte über seinen Platz verbleiben, die er vorher hatte, mit den Beschränkungen natürlich, die der öffentliche Marktverkehr bedingt. Insbesondere soll der Private den Platz in seinem Privatinteresse weiter nutzen dürfen. Die Stände auf dem Platz müssen darum durch privatrechtlichen Vertrag von ihm erworben werden, ebenso wie z. B. die Fahrt auf einer Privateisenbahn. Freilich, er muß die Stände vermieten und jedem unterschiedslos zu gleichen Bedingungen; das erfordert der öffentliche Marktverkehr; und zu den Beschränkungen, die dieser mit sich bringt, hat er sich ja durch Rechtsgeschäft der Obrigkeit gegenüber verpflichtet. Immerhin ist er es aber, der die Stände vergibt; es ist ihm die Berechtigung, sein

Eigentum anderen gegen Entgelt vertraglich zur Nutzung zu geben, es zu vermieten, nicht genommen. Eine Beschränkung in der Benutzung seines Eigentums in dieser Richtung erfordert der öffentliche Marktverkehr nicht. Und von seinen Mietern kann der Eigentümer eines solchen Marktplatzes auch einen Mietzins verlangen. In der Bestimmung der Höhe dieses Mietzinses wird er allerdings nicht immer frei sein, denn die Obrigkeit wird ihm bei Verlegung des öffentlichen Marktes auf seinen Platz in der Regel Grenzen bezüglich der Höhe der Abgaben, die er für den überlassenen Raum verlangen darf, gesteckt haben; denn das ist ihre Pflicht. Hat die Obrigkeit keine Grenzen bezüglich der Höhe dieser Mietzinse gesteckt, so ist der Private bezüglich ihrer Höhe nur dadurch beschränkt, daß er sie ganz gleichmäßig erheben und den öffentlichen Marktverkehr nicht praktisch illusorisch machen darf. Zur Einhaltung der Beschränkungen, die der Marktverkehr mit sich bringt, kann er im Aufsichtswege wie jeder andere konzessionierte private Unternehmer durch die öffentliche Gewalt angehalten werden[1]).

Das Verhältnis zwischen dem Eigentümer des privaten Marktplatzes und dem Marktgast ist also grundsätzlich privatrechtlicher Natur. Die Abgabe, die der Marktgast bei Märkten, die nicht auf öffentlichen Plätzen und Straßen, sondern auf den Plätzen und in den Hallen privater Unternehmer stattfinden, für den überlassenen Raum zahlt, ist grundsätzlich privatrechtlicher Natur.

Nun können auch die Stadtgemeinden ihre Privatgrundstücke zur Abhaltung der öffentlichen Märkte zur Verfügung stellen. Und sie können dies unter denselben Bedingungen wie jeder andere Private; denn ihnen stehen alle Betätigungsmöglichkeiten eines Privatmannes offen. Die von ihnen zur Verfügung gestellten Plätze und Hallen sind nun deshalb, weil eine Stadtgemeinde sie zur Verfügung gestellt hat, keineswegs ipso iure öffentliche Anstalten, sie sind grundsätzlich zunächst privatrechtliche Unternehmen. Die Stadtgemeinden können aber solche Marktplätze und Markthallen zu öffentlichrechtlichen Unternehmen gemäß § 4 KAG machen, und zwar zu öffentlichen Anstalten; denn sie sind ihrer Natur nach sehr wohl geeignet, als öffentlichrechtliche Unternehmen mit öffentlicher Gewalt geführt zu werden. — Zu Sachen im Gemein-

[1]) Kraft des Aufsichtsrechtes kann ein Unternehmer z. B. zum Betrieb des Unternehmens angehalten werden, zur Einhaltung des Tarifes für die Entgelte (Hatschek S. 357), zur gleichmäßigen Vergebung der Marktstände.

gebrauch können die Kommunen solche Plätze und Hallen m. E. nicht machen; es kann zwar sehr wohl der Gebrauch eines Platzes zu Marktzwecken eine Art des Gemeingebrauchs sein, und ein Platz, der nur dem Marktverkehr gewidmet ist, Sache im Gemeingebrauch sein — solch ein Platz gehörte zu den öffentlichen Plätzen und Straßen im Sinne des Gesetzes von 1872, und dieses Gesetz fände auch auf die Entgelte für seine Nutzung Anwendung — zur Schaffung einer Sache im Gemeingebrauch ist die Gemeinde allein aber nicht imstande; das müßte von den Behörden erfolgen, die Widmungen zur Sache im Gemeingebrauch vornehmen können, insbesondere von den Polizeibehörden. In der Bestimmung der Marktordnung, daß an einem kommunalen Platze der öffentliche Markt nunmehr stattfinden solle, liegt m. E. eine solche Widmung zur Sache im Gemeingebrauch ohne weiteres jedenfalls nicht. — Machen die Kommunen nun dergleichen Markthallen und Marktstätten zu öffentlichen Anstalten nach § 4 KAG, so sind die Abgaben für die bestimmungsgemäße Nutzung derselben kein Mietszins, sondern öffentliche Gebühr.

Die Feststellung, ob eine kommunale Markthalle oder ein Marktplatz, der nicht öffentlicher Platz oder Straße ist, eine öffentliche Anstalt ist, hat in der oben erörterten Art und Weise zu geschehen. Zunächst wird festgestellt, ob diese Marktstätte deutlich erkennbar ganz überwiegend von der Kommune in ihrem Erwerbsinteresse unterhalten wird. — Daß sie nur im Erwerbsinteresse unterhalten wird, ist bei ihrer tatsächlichen Beschaffenheit nicht möglich; Markthallen und dergl. dienen immer zugleich auch einem öffentlichen Zweck. — Steht dies fest, so ist sie privatrechtliches Unternehmen[1]). Ist dagegen festgestellt, daß das Unternehmen nur im öffentlichen Interesse unterhalten wird, so besteht ein Indiz dafür, daß es öffentlichrechtliche Natur hat. In diesem Falle, sowie dann, wenn es im öffentlichen wie im Gewinninteresse unterhalten wird, ist festzustellen, ob die Rechtsverhälnisse des Unternehmens, insbesondere das Verhältnis zum Nutzer öffentlichrechtlich geregelt sind; dies insbesondere unter Heranziehung der Markthallen-

[1]) Daß für sie vielleicht gleichwohl ein — indirekter — Benutzungszwang besteht, weil die Märkte auf öffentlichen Plätzen und Straßen geschlossen sind, spräche an sich nicht dagegen; denn es kann ein solcher Benutzungszwang ausnahmsweise auch für öffentliche Unternehmen (in weiterem Sinne) die Privaten verliehen sind, bestehen (z. B. Privateisenbahnen). (Anschlußzwang kann indessen nur bei öffentlichen Anstalten bestehen.)

ordnung. Dabei ist allerdings zu beachten, daß mancherlei Vorteile, die sonst nur öffentlichen Unternehmen zukommen, auch privatrechtlichen Markthallen zustehen können, weil in ihnen der öffentliche Markt abgehalten wird, und dies nicht verhindert werden soll; so kann z. B. bei allen Markthallen auf Grund einer Wegeservitut an dem Markthallengelände nicht auf Niederlegung des Markthallengebäudes vor dem ordentlichen Gericht geklagt werden; die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs greift durch (cf. RG, Pr. Verw. Bl. 26, 777). Läßt sich nicht feststellen, daß die Rechtsverhältnisse der Markthalle oder sonstigen Marktstätte öffentlichrechtlich geregelt sind, steht aber auch nicht fest, daß sie privatrechtlich sind, so sind die Hallen, die nur dem öffentlichen Interesse dienen, öffentlichrechtlich, die anderen privatrechtlich.

Zusammenfassend läßt sich also sagen: Die Abgaben für den überlassenen Raum gemäß § 68 GewO sind in Preußen, falls die Märkte auf öffentlichen Straßen und Plätzen stattfinden, öffentliche Benutzungsgebühren; die Marktstandsgelder, die Privaten auf Grund alter Marktgerechtigkeiten zustehen, sind privatrechtlicher Natur. Die Entgelte bei Märkten, die auf privaten Plätzen stattfinden, sind Mietszinse. Die Entgelte bei kommunalen Plätzen, die nicht öffentliche Plätze sind, und bei kommunalen Markthallen sind entweder öffentliche Benutzungsgebühr oder Mietszins, je nachdem, ob diese Marktstätten öffentliche Anstalten sind oder nicht.

Es bleibt noch übrig, die Rechtsnatur für die Ueberlassung von Buden und Gerätschaften zu betrachten. Diese sind grundsätzlich privatrechtlicher Natur. Das folgt auch aus § 3 des Gesetzes über Marktstandsgeld, das hier das Wort Miete gebraucht. M. E. könnten sie aber auch öffentliche Benutzungsgebühren sein, und zwar dann, wenn die Sache, für deren Gebrauch sie bezahlt werden, entweder Sache im Gemeingebrauch ist (z. B. eine öffentliche Waage auf dem Marktplatze, die von jedermann ohne besondere Zulassung gegen öffentliche Gebühr benutzt werden darf) oder wenn die Hergabe dieser Sachen von bestimmten Beamten bewirkt wird und diese mit dem von ihnen verwalteten Gegenständen zu einer organisatorischen öffentlichrechtlichen Einheit, einer öffentlichen Anstalt zusammengeschlossen sind. In der Regel wird dies jedoch nicht der Fall sein, und die Entgelte für den Gebraach von Buden und Gerätschaften werden in aller Regel ein Mietszins sein.

Lebenslauf

Ich, Heinrich Zeller, bin am 9. März 1906 zu Kaulwitz, Kreis Namslau als Sohn des dortigen evangelischen Pfarrers Rudolf Zeller und seine Ehefrau Agnes, geb. Schliggemann geboren. Nach Besuch der Volksschule und Privatunterricht durch meinen Vater, besuchte ich von Ostern 1918 bis Ostern 1924 das Gymnasium in Oels. Nach dem Abiturientenexamen studierte ich in Leipzig, Berlin, Kiel und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Am 4. April 1928 bestand ich das erste juristische Staatsexamen in Breslau. Seit dem 27. April 1928 bin ich im Vorbereitungsdienst, und zwar bis 1. Januar 1929 in Gleiwitz OS., von da in Oels i. Schles. Das mündliche Doktorexamen habe ich im Juni 1928 bestanden.